موسوعة الفقه والقضاء

المستشار
محمد عزمي البكري
رئيس محكمة الاستئناف

في القانون المدني

مصادر الإلتزام وأثار الإلتزام

المواد ١٧٢ - ٢٦٤

المجلد الرابع



٩ ش سامى البارودى - باب الخلق - القاهرة
ت: ٣٩٦٠٤٤٣٠ - ٣٩٥٣٣٠١

موسوعة الفقه والقضاء

المستشار
محمد عزمي البكري
رئيس محكمة الاستئناف

في القانون المدني

{ مصادر الالتزام و آثار الالتزام }

تقادم دعوى التعويض عن العمل غير المشروع • مسئولية حارس الحيوان • مسئولية حارس البناء • مسئولية المتبوع عن أعمال التابع • مسئولية حارس الأشياء • الإثراء بلا سبب • الفضالة • القانون • التنفيذ العينى • التنفيذ بطريق التعويض • الحق في الحبس • الدعوى غير المباشرة • الدعوى البوليصية • دعوى الصورية • الإعسار

المجلد الرابع

(المواد ١٧٢ - ٢٦٤)



٦ ش سامى البارودى - باب الخلق - القاهرة
ت: ٢٣٩٦٠٤٤٣ ٢٠٢ - ٠٠٢٠٢٢٣٩١٢٨٦١٨ - ٠٢٠

رقم الإيداع بدار الكتب المصرية

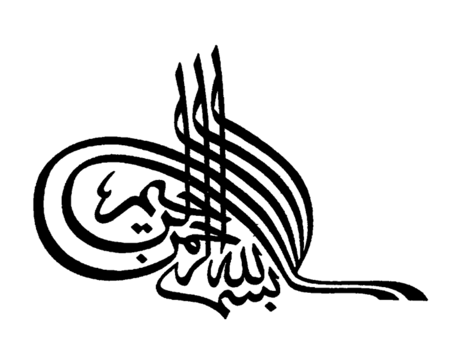
الترقيم الدولى

٢٠٠٦/١٦٧١٢

977 - 400 - 031 - 5



٢٣ ش رشدى عابدين - ٣٩٢٥٣٧٦



فَأَمَّا الزَّبَدُ فَيَذْهَبُ جُفَاءً وَأَمَّا

مَا يَنفَعُ النَّاسَ فَيَمْكُثُ فِي الأَرْضِ



كلمة الناشــــر

بسم الله الرحمن الرحيم

" فأما الزبد فيذهب جفاءآ وأما ما ينفع الناس فيمكث في الأرض "
صدق الله العظيم .

الى كل الناطقين بكلمة الحق والعدل ..

الى كل الباحثين عن كل ما هو جديد فى القانون ..

تتشرف دار محمود للنشر والتوزيع بأن تقدم موسوعة الشرح والتعليق على نصوص القانون المدني للمستشـار / **محمد عزمي البكرى** في عشرين مجلدا فاخرا .

وهى تشتمل على جميع مواد القانون المدنى أى من المـادة الأولى حتـى المـادة ١١٤٩ وتناولت هذه المواد بالشرح التفصيلى والتعليق عليهـا بأحـدث أحكـام محكمة النقض المصرية والأراء الفقهية الحديثة والقديمة حتـى يتسـنى لرجال القضاء و المحامين الاطلاع على جهد وبحث وخبرة سنين متواصلة مـن العمل المضنى بلغ ثمانية اعوام من الصبر والمثابرة لرصد لكل مـا يمكـن إن يكتب .. وقد أفرزت الموسوعة ما يقرب من ثمانية عشر الف صفحة (ألـف ومائة ملزمة) وبذلك تكون هذة الموسوعة قد قدمت إضافة كبيرة وجديـدة للعلم القانونى فى مصر والدول العربية .

الناشر

محمود ربيع خاطر

مـــادة (١٧٢)

١- تسقط بالتقادم دعوى التعويض الناشئة عن العمـل غيـر المشروع بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذى علم فيه المضرور بحدوث الضرر وبالشخص المسئول عنه . وتسقط هذه الـدعوى، فى كل حال ، بانقضاء خمس عشرة سنة من يوم وقـوع العمـل غير المشروع .

٢- على أنه إذا كانت هذه الدعوى ناشئة عن جريمة ، وكانت الدعوى الجنائية لم تسقط بعد انقضاء المواعيـد المـذكورة فـى الفقرة السابقة ، فإن دعوى التعويض لا تسقط إلا بسقوط الدعوى الجنائية .

الشـــرح

١ـ تقادم دعوى التعويض الناشئة عن العمل غير المشروع :

استحدث المشرع فى المادة (١٧٢) من التقنين المدنى الجديد فى نطاق المسئولية التقصيرية تقادما قصيرا ، فقضـت هـذه المـادة بسقوط دعوى التعويض الناشئة عن عمل غير مشـروع بانقضـاء ثلاث سنوات على غرار ما فعل فيما يتعلق بـدعاوى الـبطلان . ويبدأ سريان هذه المدة من اليوم الذى يعلم فيه المضرور بالضـرر الحادث ، ويقف على شخص من أحدثه . فـإذا علـم المضـرور بالضرر الحادث ، ولكن لم يعلم بشخص من أحدث الضرر إلا بعد أربع سنوات مثلا، فإن مدة التقادم لا تبدأ إلا بعد انقضاء هذه المدة.

أما إذا لم يعلم بالضرر الحادث أو لم يقف على شخص من أحدثه، فلا يبدأ سريان هذا التقادم القصير ، ولكن دعوى المضرور تسقط بانقضاء خمس عشرة سنة على وقوع العمل غير المشروع [١].

فالدعوى على هذا الوجه تتقادم بأقرب المدتين : ثلاث سنوات من وقت العلم بالفعل غير المشروع وبالمسئول عنه ، أو خمس عشرة سنة من وقت وقوعه [٢].

فإذا فرض أن المضرور علم بالضرر ولم يعلم بالشخص المسئول عنه إلا بعد أربع عشرة سنة من تاريخ وقوع الضرر فإن دعوى المسئولية في هذا الفرض تتقادم بانقضاء خمس عشر صفة من وقت وقوع الضرر ، وليس بمضى ثلاث سنوات من تاريخ العلم بوقوع الضرر وبالشخص المسئول عنه . لأن أقصى مدة لسقوط الدعوى بالتقادم هو خمس عشرة سنة [٣].

---

(١) مذكرة المشروع التمهيدى مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٢ ص٤٠٠ .

(٢) الدكتور محمود جمال الدين زكى مشكلات المسئولية المدنية الجزء الأول طبعة ١٩٧٨ ص ٩٦ – الدكتور سمير عبد السيد تناغو والدكتور نبيل إبراهيم سعد النظرية العامة للالتزام الجزء الأول مصادر الالتزام طبعة ١٩٩٣ ص ٣٤٨ .

(٣) الدكتور عبد الرزاق السنهورى الوسيط فى شرح القانون المدنى الجزء الأول طبعة ٢٠٠٤ ص ٧٩٠ ومابعدها .

٢ـ الدعاوى التى يسرى عليها التقادم الثلاثى :

يسرى التقادم الثلاثى على المسئولية عن العمل غير المشروع، ويندرج فى هذه المسئولية ، المسئولية عن الأعمال الشخصية المنصوص عليها فى المادة ١٦٣ مدنى ، وعلى المسئولية عن عمل الغير المنصوص عليها فى المادتين ١٧٣ ، ١٧٤ مدنى ، وعلى المسئولية عن الأشياء المنصوص عليها بالمادة ١٧٨ مدنى . إذ أن أحكام العمل غير المشروع تنطبق على أنواع المسئولية الثلاثة سالفة الذكر [١].

وقد أوضحت ذلك تفصيلا محكمة النقض إذ ذهبت إلى أن :

١- " عقد المشرع لمصادر الإلتزام فصولا خمسة حيث خصص الفصل الثالث منها للمصدر الثالث من مصادر الالتزام جاعلا عنوانه العمل غير المشروع ثم قسم هذا الفصل إلى ثلاثة فروع رصد الفرع الأول منها للمسئولية عن الأعمال الشخصية والفرع الثانى للمسئولية عن عمل الغير والفرع الثالث للمسئولية عن الأشياء ، مما مفاده أن أحكام العمل غير المشروع تنطبق على أنواع المسئولية الثلاثة . وإذ تحدث المشرع عن تقادم دعوى

---

(١) المستشار عز الدين الدناصورى والدكتور عبد الحميد الشواربى المسئولية المدنية فى ضوء الفقه والقضاء طبعة ١٩٨٨ ص ٨٨٤ ومابعدها .

المسئولية المدنية فقد أورد نص المادة ١٧٢ من القانون المدنى عاما منبسطاً على تقادم دعوى التعويض الناشئة عن العمل غير المشروع بصفة عامة ، واللفظ متى ورد عاماً ولم يقم الدليل على تخصيصه وجب حمله على عمومه وإثبات حكمه قطعاً لجميع أفراده ومن ثم تتقادم دعوى المسئولية عن العمل الشخصى ودعوى المسئولية عن الأشياء بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذى علم فيه المضرور بحدوث الضرر وبالشخص المسئول قانوناً عنه ، ولا يؤثر فى ذلك كون المسئولية الأولى تقوم على خطأ ثابت وكون الثانية تقوم على خطأ مفترض لا يقبل إثبات العكس إذ أن كليهما مصدره الفعل غير المشروع الذى تترتب عليه المسئولية والتى لا يتأثر تقادم دعواها بطريقة إثبات الخطأ فيها . ولا وجه للتحدى بورود نص المادة ١٧٢ فى موضعها من مواد المسئولية عن الأعمال الشخصية للقول بقصره على تقادم دعوى تلك المسئولية إذ أن الثابت من الأعمال التحضيرية أن المشرع حين عرض لأحكام العمل غير المشروع عرض لها فى قسمين رئيسيين أفرد أولهما للمسئولية عن الأعمال الشخصية مضمنا إياه القواعد العامة للمسئولية ومنها التقادم وأفرد ثانيهما لأحوال المسئولية عن عمل الغير والمسئولية الناشئة عن الأشياء ولا مراء فى أن القواعد العامة تنطبق على جميع أنواع المسئولية" .

(طعن رقم ٧ لسنة ٣٠ ق جلسة ١٩٦٤/١١/٥)

٢- " مسئولية حارس الشئ المقررة بالمادة ١٧٨ من القانون المدنى تقوم على أساس خطأ مفترض وقوعه من حارس الشئ افتراضا لا يقبل إثبات العكس وترتفع عنه - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة- إذا أثبت أن وقوع الضرر كان بسبب أجنبى لا يد له فيه وهذا السبب لا يكون إلا قوة قاهرة أو خطأ المضرور أو خطأ الغير ، وكانت مسئولية المتبوع عن أعمال تابعه غير المشروعة المقررة بالمادة ١/١٧٤ من القانون المدنى - وعلى ما هو مقرر فى قضاء هذه المحكمة أيضا - هى مسئولية تبعية مقررة بحكم القانون لمصلحة المضرور تقوم على فكرة الضمان القانونى فالمتبوع يعتبر فى حكم الكفيل المتضامن كفالة مصدرها القانون وليس العقد وللمتبوع عملا بنص المادة ١٧٥ من القانون المدنى الحق فى الرجوع على تابعه محدث الضرر بما يفى به من التعويض للمضرور لا على أساس أنه مسئول معه بل لأنه مسئول عنه ، وكان تقادم دعوى المسئولية عن عمل الغير ودعوى المسئولية الناشئة عن الأشياء عملا بنص المادة ١٧٢ من القانون المدنى بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذى علم فيه المضرور بحدوث الضرر وبالشخص المسئول قانونا عنه ولا يؤثر فى ذلك كونه المسئولية الأولى تقوم على خطأ ثابت وكون الثانية تقوم على خطأ مفترض لا يقبل إثبات العكس إذ أن كليهما مصدره الفعل غير

المشروع الذى تترتب عليه المسئولية والتى لا يتأثر تقادم دعواهـا بطريقة إثبات الخطأ فيها ، وكان المراد بالعلم لبدء سريان التقـادم الثلاثى المقرر بالمادة سالفة الذكر- على ما جرى به قضـاء هـذه المحكمة – هو العلم الحقيقى الذى يحيط بوقوع الضرر وبشـخص المسئول قانونا عنه باعتبار أن انقضاء ثلاث سنوات من يوم هـذا العلم ينطوى على تنازل المضرور عن حق التعويض الذى فرضه القانون على الملتزم دون إرادته مما يستتبع سقوط دعوى التعويض بمضى مدة التقادم ولا وجه لافتراض هـذا التنـازل مـن جانـب المضرور وترتيب حكم السقوط فى حالة العلم الظنى الذى لايحـيط بوقوع الضرر أو بشخص المسئول عنه وإذ التزم الحكم المطعـون فيه هذا النظر وخلص إلى أن بدء سريان التقادم يكون اعتبارا مـن ١٩٧٣/٤/١ من تاريخ صدور الحكم الجنائى النهائى وهـو اليـوم الذى علم فيه المطعون ضدهما الأولان يقيناً بالضـرر وبشـخص المسئول عنه فإن النعى يكون على غير أساس " .

(طعن رقم ١٩٦٩ لسنة ٥٣ ق جلسة ١٩٨٨/٢/١٨)

ولئن كانت المادة ٦٩٨ مدنى تقضـى بـأن يسـقط بالتقـادم الدعاوى الناشئة عن عقد العمل بانقضاء سنة تبدأ من وقت انتهـاء العقد إلا أنه لا يندرج ضمن هذه الدعاوى دعاوى التعـويض عـن إصابات العمل ، وإنما تخضع الدعاوى المذكورة للتقادم الثلاثى .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" النص فى الفقرة الأولى من المادة ٦٩٨ من القانون المدنى على أنه " تسقط بالتقادم الدعاوى الناشئة عن عقد العمل بانقضاء سنة تبدأ من وقت انتهاء العقد .... " يدل على أن المشرع أخضع لهذا التقادم الحولى الخاص للدعاوى الناشئة عن عقد العمل فقط وذلك لاستقرار الأوضاع المترتبة على هذا العقد والمؤدية إلى تصفية المراكز القانونية لكل من رب العمل والعامل على السواء فلا يسرى هذا التقادم على دعاوى التعويض عن إصابات العمل " .

(طعن رقم ٤٠٣١ لسنة ٦٥ ق جلسة ١٩٩٦/١٢/٢٤)

ونص المادة ١/١٧٢ نص استثنائى على خلاف الأصل العام فى التقادم ، فهو يقرر تقادما قصيرا (ثلاثيا) فلا يسرى على غير الحقوق التى تنشأ عن العمل غير المشروع .

وبالترتيب على ذلك لايجوز تطبيقه بالنسبة للالتزامات التى تنشأ من القانون مباشرة أو من مصادر أخرى ، كما لايسرى على الدعاوى التى خصها المشروع بنص خاص [1].

وبالترتيب على ذلك لا يسرى هذا التقادم على ما يأتى :

---

(١) الأستاذ محمد كمال عبد العزيز التقنين المدنى فى ضوء القضاء والفقه مصادر الالتزام ٢٠٠٣ ص ١٥٠٤ .

(أ) - علاقة الموظف العام بالدولة ، إذ العلاقة بينهما علاقة تنظيمة مصدرها القانون .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- " نص المادة ١٧٢ من القنون المدنى هو نص استثنائى على خلاف الأصل العام فى التقادم ، وقد ورد فى خصوص الحقوق التى تنشأ عن العمل غير المشروع فلا يجوز تطبيقه بالنسبة إلى الحقوق الناشئة عن مصادر أخرى للالتزام ، لما كان ذلك وكانت علاقة رجال القضاء أو النيابة بوزارة العدل هى علاقة تنظيمية مصدرها القانون ، وكانت مسئولية الإدارة عن القرارات الإدارية الصادرة فى هذا الشأن لاتنسب إلى العمل غير المشروع، فإن مساءلة الإدارة عنها عن طريق التعويض لا تسقط إلا بالتقادم العادى " .

(طعن رقم ٢٧ لسنة ٢٨ ق " رجال القضاء" جلسة ١٩٦١/١/٢٨)

٢- " متى كانت الطاعنة- هيئة النقل العام لمدينة الاسكندرية - قد تمسكت أمام محكمة الموضوع بأن أساس مسئولية المطعون عليه - قائد سيارة الهيئة - هو إخلاله بالالتزامات التى تفرضها

عليه وظيفته وهى التزامات ناشئة عن القـانون مباشـرة ، وكـان التقادم الثلاثى المنصوص عليه فى المادة ١٧٢ من القانون المـدنى هو تقادم استثنائى خاص بدعوى التعويض الناشئة عن العمل غيـر المشروع فلا يسرى على الالتزامات التى تنشأ مباشرة من القانون ، وإنما يسرى فى شأن هذه الالتزامات التقادم العـادى المنصـوص عليه فى المادة ٣٧٤ من القانون المدنى ما لم يوجد نـص خـاص يقضى بتقادم آخر ، وإذ لم يرد بنصوص القانون ما يجيز تطبيـق نص المادة ١٧٢ المشار إليها بالنسبة لدعوى التعويض الناشئة عن مخالفة أمناء المخازن وأرباب العهد للواجبات المفروضة عليهم فى المادة ٨٢ مكرر فى القانون رقـم ٢١٠ لسـنة ١٩٥١ المضـافة بالقانون رقم ٧٣ لسنة ١٩٥٧ والمادة ٤٥ مـن لائحـة المخـازن والمشتريات التى تبناها القانون المذكور ، فإن هذه الدعوى لا تسقط إلا بالتقادم العادى وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر ونسـب دعوى التعويض المرفوعة من الطاعنة – ضد قائد سـيارتها عـن التلفيات التى أحدثها بالسيارة نتيجة خطئـه – إلـى العمـل غيـر المشروع فأجرى عليها التقادم الاستثنائى المنصوص عليه فى المادة ١٧٢ سالفة الذكر ، فإنه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون " .

(طعن رقم ٤٢ لسنة ٤٠ ق جلسة ١٩٧٧/٤/١٩)

(ب) - التزام الجهة نازعة الملكية بتعويض الملاك :

إذ أن مصدر هذا الالتزام هو القانون وليس العمل غير المشروع سواء التزمت هذه الجهة الإجراءات التى رسمها قانون نزع الملكية للمنفعة العامة أو التفتت عنها بأن نزعت الملكية دون اتخاذ الإجراءات القانونية ، ومن ثم لا تخضع المطالبة بالتعويض للتقادم الثلاثى .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" الملكية الخاصة مصونة - بحكم الدساتير المتعاقبة - فلا تنزع إلا للمنفعة العامة ومقابل تعويض عادل وفقا للقانون (المادة الخامسة من الدستور المؤقت الصادر فى ١٩٥٨ ، المادة ١٦ من دستور ١٩٦٤ ، والمادة ٣٤ من دستور ١٩٧١) وقد نصت المادة ٨٠٥ من القانون المدنى على أنه لا يجوز أن يحرم أحد من ملكه إلا فى الأحوال التى يقررها القانون وبالطريقة التى يرسمها ويكون ذلك فى مقابل تعويض عادل ، ونصت المادة الأولى من القانون ٥٧٧ لسنة ١٩٥٤ بشأن نزع ملكية العقارات للمنفعة العامة أو التحسين على أن " يجرى نزع ملكية العقارات اللازمة للمنفعة والتعويض عنه وفقا لأحكام هذا القانون " ومؤدى هذا - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن يكون مصدر التزام الجهة نازعة الملكية بتعويض الملاك هو القانون وليس العمل غير المشروع وذلك سواء التزمت تلك الجهة الإجراءات التى رسمها قانون نزع الملكية أو التفتت عنها إذ أن نزع الملكية دون اتخاذ الإجراءات القانونية يؤدى

إلى الاستيلاء على ملك صاحب الشأن ونقل حيازته للدولة التى تخصصه للمنفعة العامة فيتفق فى غايته مع نزع الملكية باتخاذ إجراءاته القانونية ، ومن ثم فيستحق ذوو الشأن جميع ما يرتبه قانون نزع الملكية من حقوق بما فى ذلك الحق فى تعويض يعادل الثمن ولا تخضع المطالبة به للتقادم الثلاثى المنصوص عليه فى المادة ١٧٢ من القانون المدنى وإنما يتقادم بمضى خمس عشرة سنة من تاريخ الاستحقاق عملا بنص المادة ٣٧٤ من القانون المذكور " .

(طعن رقم ٦٣١ لسنة ٤٣ ق جلسة ١٩٧٧/٤/٢٧)

(ج) – إخلال الحارس القضائى بالتزاماته :

التزامات الحارس القضائى بحفظ المال المعهود إليه حراسته وإدارته ورده لصاحب الشأن عند انتهاء الحراسة وبتقديم حساب عن إدارته له ، هى التزامات مصدرها القانون ، فلا تتقادم إلا بمضى خمس عشرة سنة .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" التزام الحارس القضائى بحفظ المال المعهود إليه حراسته وإدارته ورده لصاحب الشأن عند انتهاء الحراسة وبتقديم حساب عن إدارته له ، هذه الالتزامات جميعا مصدرها القانون فلا تتقادم إلا بمضى خمس عشرة سنة طبقا للأصل العام المنصوص عليه فى المادة ٢٠٨ من القانون المدنى القديم ولا تخضع للتقادم الثلاثى

المنصوص عليه فى المادة ١٧٢ من القانون المدنى القائم . وإذا كانت الدعوى بطلب إلزام الحارس القضائى بتقديم حساب عن مدة الحراسة وبإلزامه بدفع فائض ريع العين التى كانت تحت الحراسة فإن التزامه بذلك لا يتقادم إلا بانقضاء خمس عشرة سنة " .

(طعن رقم ٢٦٤ لسنة ٣٤ ق جلسة ١٩٦٨/١٠/٢٤)

(د) - خطأ العاملين بالشركات بالقطاع العام وقطاع الأعمال العام والقطاع الخاص بواجبات عملهم :

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

" جرى قضاء هذه المحكمة على أن مؤدى نص المادة الأولى من نظام موظفى وعمال الشركات الصادر بقرار رئيس الجمهورية رقم ١٥٩٨ لسنة ١٩٦١ والمادة الأولى من نظام العاملين بالشركات الصادر بقرار رئيس الجمهورية رقم ٣٥٤٦ لسنة ١٩٦٢ والمادة الرابعة من القرار الأول والمادة الثانية من القرار الثانى والفقرة الثانية من المادة الأولى من قرار رئيس الجمهورية رقم ٣٣٠٩ لسنة ١٩٦٦ بإصدار نظام العاملين بالقطاع العام ، أن علاقة العاملين بالشركات التابعة للمؤسسات العامة فى ظل هذه النظم المتعاقبة هى علاقة تعاقدية لا تنظيمية يحكمها قانون عقد العمل ولائحة العاملين بالشركات باعتبارها جزءا متمماً لعقد العمل ، وإذ كان الثابت من مدونات الحكم المطعون فيه أن المطعون ضده كان

يعمل مديراً إدارياً وعضواً بمجلس إدارة الشركة الطاعنة وقت وقوع الفعل المطلوب التعويض عنه وكانت واجبات هؤلاء العاملين فيما نص عليه قانون العمل واللائحة توجب أداء العمل المنوط بهم بعناية الشخص الأمين ودون مخالفة للتعليمات الإدارية ويترتب على إخلالهم بتلك الالتزامات إذا ما أضروا بصاحب العمل مسئوليتهم عن تعويضه مسئولية مصدرها عقد العمل مستكملاً بقانون العمل واللائحة ، فإن الحكم المطعون فيه إذ قضى بسقوط دعوى الطاعنة – بمطالبة المطعون ضده بالتعويض – بالتقادم الثلاثى إعمالا لحكم المادة ١٧٢ من القانون المدنى يكون قد خالف القانون وأخطأ فى تطبيقه " .

(طعن رقم ٤٢٤ لسنة ٤٤ ق جلسة ١٩٧٧/١٢/٢١)

(هـ)- مخالفة أمناء المخازن وأرباب العهد لواجباتهم :

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" نص المادة ١٧٢ من القانون المدنى الذى استحدث تقادم الثلاث سنوات لدعوى التعويض الناشئة عن العمل غير المشروع من اليوم الذى علم فيه المضرور بحدوث الضرر وبالشخص المسئول عنه وهو نص استثنائى على خلاف الأصل العام فى التقادم ، فقد ورد فى خصوص الحقوق التى تنشأ عن المصدر

الثالث من مصادر الالتزام فى القانون المدنى ، وهو العمل غير المشروع بحيث لا يجوز تطبيقه بالنسبة إلى الحقوق الناشئة عن مصادر أخرى ، إلا إذا وجد نص خاص يقضى بذلك ، وإذ لم يرد بنصوص القانون ، ما يجيز تطبيق نص المادة ١٧٢ من القانون المدنى بالنسبة لدعوى التعويض الناشئة عن مخالفة أمناء المخازن وأرباب العهد للواجبات المفروضة عليهم فى المادة ٨٢ مكرر من القانون رقم ٧٣ لسنة ١٩٥٧ والمادة ٤٥ من لائحة المخازن والمشتريات التى تبناها القانون المذكور ، فإن هذه الدعوى لاتسقط إلا بالتقادم العادى ، وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر ونسب دعوى التعويض المرفوعة من الطاعن (وزارة الشئون)- ضد أمين المخزن - إلى العمل غير المشروع وأخضعها للتقادم الاستثنائى المنصوص عنه فى المادة ١٧٢ من القانون المدنى ، وجعل لائحة المخازن والمشريات فى مرتبة أدنى من مرتبة التشريع بحيث تعجز عن تعطيل القواعد العامة المقررة فى القانون رقم إقرار القانونين ١٧٢ لسنة ١٩٥١ و ٧٣ لسنة ١٩٥٧ لهما وجعلهما من مخالفة أحكامها جرائم تأديبية ، فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ فى تطبيقه " .

(طعن رقم ٤٧ لسنة ٣٧ ق جلسة ١٩٧١/٦/١٠)

(و) – الريع المستحق فى ذمـــة الحائز سئ النية :

الريع المستحق فى ذمة الحائز سئ النية يسقط بانقضاء خمس عشرة سنة ، ومن ثم لايخضع للتقادم الثلاثى . وقد نصت على ذلك صراحة الفقرة الثانية من المادة ٣٧٥ بقولها : " ولا يسقط الريع المستحق فى ذمة الحائز سئ النية ، ولا الريع الواجب على ناظر الوقف أداؤه للمستحقين إلا بانقضاء خمس عشرة سنة " .

(أنظر شرح المادة ٣٧٥ مدنى) .

(ز) – حق المتبوع فى الرجـــوع على تابعه :

لا يرد التقادم الثلاثى على حق المتبوع فى الرجوع على تابعه ، وإنما يرد عليه التقادم الطويل .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" مسئولية المتبوع عن أعمال تابعه غير المشروعة هى– وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة– مسئولية تبعية مقررة بحكم القانون لمصلحة المضرور تقوم على فكرة الضمان القانونى وأن التقادم الثلاثى المنصوص عليه فى المادة ١٧٢ من القانون المدنى هو تقادم استثنائى خاص بدعوى التعويض الناشئة عن العمل غير المشروع فلا يسرى على الالتزامات التى تنشأ مباشرة من القانون والتى يجرى عليها فى شأن تقادمها أحكام التقادم العادى المنصوص

عليه فى المادة ٣٧٤ من القانون المدنى ومدته خمس عشرة سنة فلا يرد ذلك التقادم الثلاثى على حق المتبوع فى الرجوع على التابع وإنما على حق الدائن الأصلى الذى انتقل إلى المتبوع بحلوله محل الدائن المضرور فيه والذى يطالب به المتبوع تابعه " .

(طعن رقم ١٤٠٨ لسنة ٥٣ ق جلسة ١٩٨٧/١٠/٢٨ - غير منشور)

(ط) - القرارات الإدارية المخالفة للقانون :

فقد قضت محكمة النقض بأن :

" مسئولية الإدارة عن القرارات الإدارية المخالفة للقانون ليس مصدرها العمل غير المشروع وإنما القانون " .

(طعن رقم ٣٧٠ لسنة ٣ ق جلسة ١٩٦٥/٦/٣)

(ل) - التعويض الناشئ عن جريمة القبض أو الحبس أو الحجز بدون أمر الحكام المختصين بذلك وفى غير الأحوال التى تصرح فيها القوانين واللوائح بالقبض على ذوى الشبهة .

فقد قضت محكمة النقض بأن :

" نصت المادة ٢٨٠من قانون العقوبات على أن " كل من قبض على أى شخص أو حبسه أو حجزه بدون أمر الحكام المختصين

بذلك وفى غير الأحوال التى تصرح فيها القوانين واللوائح بالقبض على ذوى الشبهة يعاقب بالحبس أو بغرامة لاتتجاوز عشرين جنيها مصريا " . وإذ كانت ما نصت عليه المادة ٥٧ من الدستور من أن الاعتداء على الحرية الشخصية يعتبر جريمة لا تسقط الدعوى الجنائية والدعوى المدنية الناشئة عنها بالتقادم ، إنما هو صالح بذاته للإعمال من يوم العمل بالدستور دون حاجة إلى سن تشريع آخر أدنى فى هذا الخصوص ، إذ أن تلك الجريمة نصت عليها المادة ٢٨٠ من قانون العقوبات ولما كانت محكمة الموضوع لم تعرض للفصل فى دستورية القانون رقم ٣٢ لسنة ١٩٧٢ إذ أن الجريمة المنصوص عليها فى المادة ٢٨٠ من قانون العقوبات ليست من بين الجرائم التى نص عليها ذلك القانون ، فإن النعى يكون فى غير محله " .

(طعن رقم ١٠٩٧ لسنة ٤٧ ق جلسة ١٩٧٩/٢/١٥)

٣ـ مبدأ سريان التقادم الثلاثى :

تنص الفقرة الأولى من المادة (١٧٢) على أن : " تسقط بالتقادم دعوى التعويض الناشئة عن العمل غير المشروع بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذى علم فيه المضرور بحدوث الضرر وبالشخص المسئول عنه " . وعلى ذلك فإن التقادم الثلاثى

المنصوص عليه بهذه المادة يبدأ من اليوم الذى يعلم فيه المضرور بالضرر الحادث وبشخص من أحدثه ، فإذا لم يعلم بالضرر الحادث أو لم يقف على شخص من أحدثه فلا يبدأ سريان التقادم الثلاثى .

وفى هذه الحالة تسقط الدعوى بمضى خمس عشرة سنة من وقت وقوع العمل غير المشروع .

ونعرض فيما يلى للمقصود بالعلم بالضرر الحادث وبشخص من أحدثه .

٤ـ المقصود بالعلم بالضرر الحادث ومحدثه :

المقصود بعلم المضرور بالضرر الحادث وبمحدث الضرر ، هو العمل الحقيقى واليقينى الذى يحيط بوقوع الضرر وبشخص المسئول عنه باعتبار أن انقضاء ثلاث سنوات من يوم هذا العلم ينطوى على تنازل المضرور عن حق التعويض الذى فرضه القانون على الملتزم دون إرادته مما يستتبع سقوط دعوى التعويض بمضى مدة التقادم ولا وجه لافتراض هذا التنازل من جانب المضرور وترتيب حكم السقوط فى حالة العلم الظنى .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- " المراد بالعلم ببدء سريان التقادم الثلاثى المستحدث بنص المادة ١٧٢ من القانون المدنى هو – وعلى ما جرى به قضاء هذه

المحكمة-العلم الحقيقى الذى يحيط بوقوع الضرر والشخص المسئول عنه باعتبار أن انقضاء ثلاث السنوات من يوم هذا العلم ينطوى على تنازل المضرور عن حق التعويض الذى فرضه القانون على الملتزم دون إرادته مما يستتبع سقوط دعوى التعويض بمضى مدة التقادم " .

(طعن رقم ٣٢٦ لسنة ٤٠ ق جلسة ١٩٧٥/٥/٢٠)

٢- " تجرى عبارة الفقرة الأولى من المادة ١٧٢ من القانون المدنى بأنه " تسقط بالتقادم دعوى التعويض الناشئة عن العمل غير المشروع بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذى علم فيه المضرور بحدوث الضرر وبشخص المسئول عنه ، وتسقط هذه الدعوى فى كل حال بانقضاء خمس عشرة سنة من يوم وقوع العمل غير المشروع " والمراد بالعلم لبدء سريان التقادم الثلاثى المستحدث بهذا النص - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - هو العمل الحقيقى الذى يحيط بوقوع الضرر وبشخص المسئول عنه باعتبار أن انقضاء ثلاث سنوات من يوم هذا العلم ينطوى على تنازل المضرور عن حق التعويض الذى فرضه القانون على الملتزم دون إرادته مما يستتبع سقوط دعوى التعويض بمضى مدة التقادم ".

(طعن رقم ٥٠ لسنة ٣٩ ق جلسة ١٩٧٦/٦/١)

٣- " إذ كان الثابت أن قرار لجنة الإصلاح الزراعى بطرد المطعون عليه من الأطيان التى يستأجرها من الطاعنين الأربعة الأول وبتجنيب الطاعنة الأخيرة فى نصف المساحة التى يستأجرها

منها قد نفذ فى ١٩٥٦/١/١٩ باستلام الطاعنين أطيانا مفروزة زرعها المطعون عليه بأشجار الموز فتقدم بالشكوى إلى الشرطة ، ثم أقام عدة دعاوى لتمكينه من إعادة وضع يده على الأطيان التى استلمها الطاعنون وانتهى الأمر إلى إقامة الدعوى الحالية للمطالبة بالتعويض عن الأضرار التى أحصاها فى الصحيفة ولحقت به نتيجة هذا التنفيذ ، وكان الحكم المطعون فيه قد قضى برفض الدفع بسقوط هذه الدعوى بالتقادم الثلاثى استنادا إلى أن علم المطعون عليه بالضرر ومحدثه لم يتحقق إلا فى ١٩٦٢/١/٢٩ تاريخ صدور الحكم فى الاستئناف الذى قضى نهائيا بإعادة وضع يده على الأطيان التى استلمها الطاعنون رغم انتفاء التلازم الحتمى بين الأمرين ، إذ أن قيام النزاع على صحة تنفيذ قرار لجنة الإصلاح الزراعى فى الدعاوى التى رفعها المطعون عليه بإعادة وضع يده على هذه الأطيان لا تعتبر مانعاً من سريان التقادم بالنسبة للتعويض الذى يرجع به المطعون عليه على الطاعنين عن هذا التنفيذ لأن النزاع المذكور لم يكن ليحول دون المطالبة بالتعويض ، فضلا عن أن دين التعويض يستحق من الوقت الذى يتحقق فيه الضرر بتنفيذ قرار اللجنة . لما كان ذلك فإن الحكم المطعون فيه يكون مشوبا بالفساد فى الاستدلال " .

(طعن رقم ٥٠ لسنة ٣٩ ق جلسة ١٩٧٦/٦/١)

٤- " تنص المادة ١/١٧٢ من القانون المدنى علـى أن تسـقط بالتقادم دعوى التعويض الناشئة عن العمل غير المشروع بانقضـاء ثلاث سنوات من اليوم الذى علم فيه المضرور بحـدوث الضـرر وبالشخص المسئول عنه ، وتسقط هذه الـدعوى فـى كـل حـال بانقضاء خمس عشرة سنة من يوم وقوع العمل غيـر المشـروع . ولما كان علم مورث الطالبة بالضرر لم يتحقق إلا بتسليمه الشـيك بفروق المرتب والعلاوات مخصوماً منه الضرائب فى ١٩٧٠/١٢/٨، كما أن العمل غير المشروع قد وقـع فـى ١٩٦١/٨/١٢ تـاريخ صدور القرار الجمهورى المتضمن تخطى مـورث الطالبـة فـى الترقية . وكان مورث الطالبة قد قدم طلبـه لهـذه المحكمـة فـى ١٩٧١/١١/٨ وطلب فيه الحكم له من باب الاحتياط بالتعويض عن تخطيه ، فإنه لا يكون قد انقضت ثلاث سنوات من اليوم الذى علـم فيه المورث بحدوث الضرر ، كما لم تنقض خمس عشرة سنة مـن تاريخ وقوع العمل غير المشروع ويكون الدفع بسـقوط الـدعوى بالتقادم على غير أساس " .

(طعن رقم ٣ لسنة ٤١ ق " رجال قضاء" جلسة ١٩٧٧/١٢/٢٢)

٥- " مفاد نص الفقرة الأولى من المادة ١٧٢ من التقنين المدنى أن التقادم الثلاثى المشار إليه والذى تسقط بـه دعـوى التعـويض

الناشئة عن العمل غير المشروع لا يبدأ فى السريان إلا من تـاريخ العلم الحقيقى الذى يحيط به المضرور بوقوع الضـرر وبشـخص المسئول عنه باعتبار أن انقضاء ثلاث سنوات من يوم ثبوت هـذا العمل ينطوى على تنازل المضرور عن حق التعويض الذى فرضه القانون على المسئول مما يستتبع سقوط دعوى التعـويض بمضـى مدة التقادم ، ولا وجه لافتراض هذا التنازل من جانب المضـرور وترتيب حكم السقوط فى حالة العلم الظنى والذى لا يحيط بوقـوع الضرر أو بشخص المسئول عنه ، لما كـان ذلـك وكـان الحكـم المطعون فيه قد أجرى سريان مدة التقادم الثلاثى المشار إليه فـى حق الطاعنين من ١٩٦٩/١٢/٢٥ تاريخ التصـديق علـى الحكـم الصادر بإدانة تابع المطعون ضده فى الجنحة العسكرية رقـم .... وكان استخلاص علم المضرور بحدوث الضرر وبشخص المسئول عنه وإن اعتبر من المسائل المتعلقة بالواقع التى يستقل بها قاضـى الموضوع ، إلا أن لمحكمة النقض أن تبسط رقابتها متـى كانـت الأسباب التى بنى عليها الحكم استخلاصه ليس من شأنها أن تؤدى عقلاً إلى النتيجة التى انتهت إليها لما كان ما تقـدم وكـان الحكـم المطعون فيه قد قرن علم الطاعنين بحدوث الضـرر وبالشـخص المسئول عنه بتاريخ التصديق على حكم إدانة تابع المطعون ضـده

الصادر من المحكمة العسكرية فى الجنحة التى لم يكونوا ممثلين فيها ، رغم انتفاء التلازم الحتمى بين الأمرين، فإن الحكم المطعون فيه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون " .

(طعن رقم ٨٤٦ لسنة ٤٥ ق جلسة ١٩٧٨/٦/٥)

٦- " المراد بالعلم لبدء سريان التقادم الثلاثى المقرر بنص المادة ١٧٢ من القانون المدنى هو العلم الحقيقى الذى يحيط بوقوع الضرر وشخص المسئول عنه باعتبار أن انقضاء ثلاث سنوات من يوم هذا العلم ينطوى على تنازل المضرور عن حق التعويض الذى فرضه القانون على الملتزم دون إرادته مما يستتبع سقوط دعوى التعويض بمضى مدة التقادم ، ولا وجه لافتراض هذا التنازل من جانب المضرور وترتيب حكم السقوط فى حالة العلم الظنى الذى لايحيط بوقوع الضرر أو بشخص المسئول عنه ، لما كان ذلك فإن مدة التقادم سالفة الذكر لا تبدأ إلا من التاريخ الذى يتحقق فيه علم المضرور بالضرر الذى يطالب بتكملة التعويض عنه ، ولا محل للاحتجاج فى هذا الخصوص ، بما تنص عليه المادة ١٧٠ من القانون المدنى من أن القاضى يقدر مدى التعويض عن الضرر الذى لحق المضرور طبقاً لأحكام المادتين ٢٣١، ٢٢٢ مراعيا فى ذلك الظروف الملابسة، فإن لم يتيسر له وقت الحكم أن يعين مدى

التعويض تعيينا نهائياً ، فله أن يحتفظ للمضرور بالحق في أن يطالب خلال مدة معينة بإعادة النظر في التقدير ، ذلك أن هذه المادة لا شأن لها بسقوط دعوى التعويض الناشئة عن العمل غير المشروع ، وإنما هي تتحدث عن تحقق الضرر ووضعت المعايير الخاصة بتقدير القاضي لمدى التعويض عن الضرر الذي لحق المضرور وإذ التزم الحكم المطعون فيه هذا النظر وانتهى إلى أن علم المطعون عليه بالعاهة المستديمة التي تخلفت لديه من إصابته لم يثبت إلا بتقرير القومسيون الطبي المؤرخ ١٩٦٧/٥/٩ واحتسب مدة الثلاث سنوات من هذا التاريخ لا من تاريخ صدور الحكم النهائي الصادر من محكمة الجنح بالتعويض المؤقت به للمطعون عليه فإن لا يكون قد أخطأ في تطبيق القانون " .

(طعن رقم ٨٧٠ لسنة ٤٥ ق جلسة ١٩٧٨/٥/٢٣)

٧- " إذ كان واقع الدعوى أن المطعون ضده وهو مجند بالقوات المسلحة أصابته شظايا لغم انفجر فيه وهو يمارس مهامه على أرض سيناء أدت إلى بتر إصبع بيده مما يتحقق معه علمه بالإصابة وبشخص المسئول عنها ومن ثم يبدأ من تاريخ هذا العلم احتساب مدة تقادم دعوى التعويض الناشئة عن العمل غير المشروع الذي أدى إلى هذه الإصابة دون أن يتحدى فيه باحتساب مدة التقادم هذه من التاريخ الذي تحدد فيه الضرر بصفة نهائية ،

وإذ خالف قضاء الحكم المطعون فيه هذا النظر واحتسب بدء التقادم من تاريخ صدور قرار القومسيون الطبى العسكرى فى ١٩٩٥/١٠/٢٨ بتحديد نسبة عجز المطعون ضده الناجم عن بتر إصبعه فى الحادث بواقع ٥% ورتب على ذلك قضاءه بإلغاء الحكم المستأنف وبرفض الدفع بسقوط الدعوى بالتقادم وبإلزام الطاعن بالتعويض الذى قدره فإنه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون " .

(طعن رقم ٧٤٢ لسنة ٧٢ ق جلسة ٢٠٠٤/١/١١)

(أنظر بند ١٦) .

٥ ـ لا يحسب بدء التقادم من اليوم الذى يتحدد فيه قيمة الضرر بصفة نهائية :

العبرة فى بدء التقادم الثلاثى باليوم الذى علم فيه المضرور بحدوث الضرر وبالشخص المسئول عنه ، ولا عبرة باليوم الذى يتحدد فيه قيمة الضرر بصفة نهائية .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" تنص المادة ١/١٧٢ من القانون المدنى على أنه " تسقط بالتقادم دعوى التعويض الناشئة عن العمل غير المشروع بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذى علم فيه المضرور بحدوث الضرر وبالشخص المسئول عنه وتسقط هذه الدعوى فى كل حال بانقضاء

خمس عشرة سنة من يوم وقوع العمل غير المشروع " مما مفـــاده أن المناط فى بدء سريان مدة التقادم طبقاً لهذه المـــادة هـــو علـــم المضرور بوقوع الضرر .ويشخص المسئول عنه لا بـــاليوم الـــذى تحدد فيه قيمة الضرر بصفة نهائية " .

(طعن رقم ٤٣٢ لسنة ٤٢ ق جلسة ١٩٧٦/١٢/١٤)

٦ـ عدم سقوط دعوى التعويض إذا كانت ناشئة عن جريمة ولم تسقط الدعوى الجنائية بانقضاء ثلاث سنوات أو خمس عشرة سنة :

تنص الفقرة الثانية من المادة على أنه :

" على أنه إذا كانت هذه الدعوى ناشئة عن جريمـــة ، وكانـــت الدعوى الجنائية لم تسقط بعد انقضاء المواعيد المذكورة فى الفقـــرة السابقة ، فإن دعوى التعـــويض لا تســـقط إلا بســـقوط الـــدعوى الجنائية" .

ومفاد ذلك أنه إذا نشأت دعوى التعويض عن جريمة بما يستتبع قيام الدعوى الجنائية إلى جانب دعوى التعويض المدنيـــة وكانـــت الدعوى الجنائية تتقادم بانقضاء مدة أطول ، سرت هذه المـــدة فـــى شأن تقادم الدعوى المدنية ، فلو حدث الضرر مثلا من جراء جناية ، كانت مدة سقوط الدعوى المدنية عشر سنوات ، عوضا عن ثلاث لأن الدعوى الجنائية لاتتقادم إلا بانقضاء تلك المدة وهى أطول .

وقد فرض فى هذا كله أن مبدأ سريان المدة لا يختلف فى الحالتين ، بيد أن الدعوى المدنية لا تسقط إلا بانقضاء خمس عشرة سنة ، عند جهل المضرور بالضرر الحادث أو بشخص محدثه ، وهى مدة أطول من مدة سقوط الدعوى الجنائية وصفوة القول أن الدعوى المدنية قد تبقى قائمة بعد انقضاء الدعوى الجنائية ، ولكن ليس يقبل انقضاء الدعوى المدنية قبل انقضاء الدعوى الجنائية[١] .

٧ ـ وقف سريان التقادم مدة قيام الدعوى الجنائية حتى انقضائها :

إذا لم يشأ المضرور المطالبة بالتعويض أمام المحكمة الجنائية، واختار الطريق المدنى ، فدعواه المدنية التى يرفعها قبل رفع الدعوى الجنائية أو أثناء سيرها لا تسقط بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذى علم فيه المضرور بحدوث الضرر والشخص المسئول عنه ، وإنما يقف سريان مدة تقادمها طول مدة قيام الدعوى الجنائية وحتى انقضائها بأحد أسباب الانقضاء التى ينص عليها القانون ، فتعاود سيرها [٢].

---

(١) مذكرة المشروع التمهيدى مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٢ ص ٤٠٠- محمود جمال الدين زكى فى مشكلات المسئولية المدنية ص ٩٧.

(٢) المستشار عز الدين الدناصورى والدكتور عبد الحميد الشواربى المسئولية المدنية فى ضوء الفقه والقضاء طبعة ١٩٨٨ ص ٨٦٧.

كما تظل موقوفة طوال المدة التى ينقطع فيها سريان هذه المدة بالإجراءات التى تقطعها سواء كانت من إجراءات الاستدلالات أو التحقيق أو المحاكمة ، حتى إذا ما انقضت الدعوى الجنائية سواء لصدور حكم بات فيها أو بانتهاء المحاكمة لسبب آخر ، كانقضاء الدعوى الجنائية بمضى المدة أو بوفاة المتهم أو لصدور قرار نهائى بعدم وجود وجه لإقامة الدعوى الجنائية . فإنه يبدأ من هذا التاريخ سريان مدة التقادم الثلاثى .

وقد نصت المادة ٢٦٥ من قانون الإجراءات الجنائية – صراحة – على أن :

" إذا رفعت الدعوى المدنية أمام المحاكم المدنية يجب وقف الفصل فيها حتى يحكم نهائيا فى الدعوى الجنائية المقامة قبل رفعها أو فى أثناء السير فيها .

على أنه إذا أوقف الفصل فى الدعوى الجنائية لجنون المتهم يفصل فى الدعوى المدنية " .

كما نصت المادة (١٧) على أن :

" تنقطع المدة بإجراءات التحقيق أو الاتهام أو المحاكمة وكذلك بالأمر الجنائى أو بإجراءات الاستدلال إذا اتخذت فى مواجهة المتهم أو إذا أخطر بها بوجه رسمى وتسرى المدة من جديد ابتداء من يوم الانقطاع .

وإذا تعددت الإجراءات التى تقطع المدة فإن سريان المدة يبدأ من تاريخ آخر إجراء " .

والحكم البات هو ذلك الذى لا يقبل الطعن فيه بـالنقض ، إمـا لعدم قابليته لهذا الطعن وإما لفوات مواعيده أو لاستنفاذه .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " مفاد نص المادة ١٧٢ من القـانون المـدنى أن دعـوى التعويض الناشئة عن العمل غير المشروع تسقط بانقضـاء ثـلاث سنوات من اليوم الذى يعلم فيه المضرور بالضرر الحادث وشخص من أحدثه فإذا لم يعلم بذلك فإن تلك الدعوى تسقط بانقضاء خمـس عشرة سنة على وقوع العمل غير المشروع ، وإذا علم المضـرور بالضرر ومحدثه وكان العمل الضار يستتبع قيام دعوى جنائية إلى جانب الدعوى المدنية ، وكانت الدعوى الجنائية لم تسقط بعد ، فإن الدعوى المدنية لا تسقط إلا بسقوط الدعوى الجنائية ، فـإذا كانـت الدعوى الجنائية تسقط بمدة أطول سرت هذه المدة فى شأن سـقوط الدعوى المدنية وإذا كانت مدة تقادم دعوى التعويض قد بدأت فـى السريان من اليوم الذى علم فيـه المضـرور بحـدوث الضـرر والشخص المسئول عنه وكانت الدعوى الجنائية قد رفعـت علـى الجانى ولم يشأ المضرور أن يطالـب بـالتعويض المـدنى أمـام المحكمة الجنائية فإن مدة التقادم فى هذه الحالة تقف بحكم القـانون طوال مدة المحاكمة الجنائية ولا يعود التقادم الثلاثى إلى السـريان

إلا عند صدور الحكم النهائى بإدانة الجانى أو عند انتهاء المحاكمة لأى سبب آخر ويكون المضرور بعد ذلك وقبل أن تكتمل مدة التقادم الثلاثى أن يرفع دعواه المدنية بالتعويض أمام المحاكم المدنية. وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر وقضى بأن الدعوى المطروحة متعلقة بجناية اختلاس فهى على إطلاقها- تسقط بعشر سنوات من تاريخ وقوع تلك الجناية ورتب على ذلك رفض الدفع بالتقادم والقضاء بالتعويض فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ فى تطبيقه " .

(طعن رقم ٤٨٦ لسنة ٣٩ ق جلسة ١٩٧٥/٥/٢٥)

٢- " النص فى المادة ١٧٢ من القانون المذكور يدل- وعلى ما أفصحت عنه الأعمال التحضيرية للقانون المذكور – على أن دعوى التعويض الناشئة عن العمل غير المشروع تسقط بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذى يعلم فيه المضرور بالضرر الحادث ويقف على شخص من أحدثه فإذا لم يعلم بالضرر الحادث أو لم يقف على شخص من أحدثه فلا يبدأ سريان هذا التقادم القصير ولكن تسقط دعوى المضرور على أى حال بانقضاء خمس عشرة سنة على وقوع العمل غير المشروع وإذا استتبع العمل الضار قيام دعوى جنائية إلى جانب الدعوى المدنية وكانت الدعوى الجنائية تتقادم بانقضاء مدة أطول سرت هذه المدة فى شأن تقادم الدعوى

المدنية ولما كان يبين مما قرره الحكم أن الطاعن يطالب بتعويض عن عمل غير مشروع وهو بالوصف الوارد به يرشح لتوافر أركان جريمة الاختلاس المنصوص عليها فى المادة ١١٢ من قانون العقوبات ، وكانت مدة انقضاء الدعوى الجنائية فى مواد الجنايات وهى عشر سنوات لا تبدأ في جرائم اختلاس الأموال الأميرية طبقاً لما نصت عليه المادة ١١٩ مكررا من قانون العقوبات إلا من تاريخ انتهاء الوظيفة ما لم يبدأ التحقيق فيها قبل ذلك ، ولما كان الحكم المطعون فيه قد انتهى إلى قبول الدفع بالتقادم الثلاثى تأسيساً على أن الطاعن لم يرفع دعواه بالتعويض إلا بعد أن مضت مدة تزيد على ست سنوات من تاريخ علمه بحدوث الضرر وبالشخص المسئول عنه ، وإذ كان الثابت أن دعوى التعويض على الصورة التى أوردها الحكم قد نشأت عن جريمة ولم يعرض الحكم لبحث وصف هذه الجريمة وللاجراءات التى اتخذتها النيابة العامة بعد أن أحيلت إليها الأوراق من النيابة الإدارية وأثرها على تقادم الدعوى المدنية طبقاً لما تقضى به المادة ١٧٢ /٢ من القانون المدنى على ما سلف بيانه ، لما كان ذلك ، فإن الحكم المطعون فيه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون وعاره قصور يبطله " .

(طعن رقم ٣١ لسنة ٤١ ق جلسة ١٩٧٥/٦/١٧)

٣- "لما كانت المادة ٢/١٧٢ من القانون المدنى تقضى بأنه إذا

كانت دعوى التعويض ناشئة عن جريمة فإنها لا تسقط إلا بسقوط الدعوى الجنائية حتى يتمكن المضرور فى الوقت الذى يعاقب فيه الجانى أن يتقاضى منه التعويض المدنى ، وكان الثابت أن دعوى التعويض التى أقامها مورث المطعون عليها ناشئاً عن جريمة وهو الخطأ الذى نسب إلى ابن الطاعن من أنه كان يركب حصاناً دهم به ابنة المورث المذكور فقتلها ، لا يغير من ذلك أن النيابة العامة صرفت النظر عن اتهامه . وإذ يبين من الحكم المطعون فيه أن التحقيق ظل يجرى بمعرفة النيابة فى قضية الجنحة التى حررت عن الواقعة حتى يوم ١٩٦٢/١٢/١ وأنه لم تنقض مدة ثلاث سنوات حتى تاريخ رفع الدعوى الحالية فى ١٩٦٥/١/٣٠. وإذ رتب الحكم على ذلك قضاءه برفض الدفع بالتقادم فإن النعى عليه- بالخطأ فى تطبيق القانون – يكون على غير أساس " .

(طعن رقم ٧٨ لسنة ٤١ ق جلسة ١٩٧٥/١١/٤)

٤- " المقرر – فى قضاء هذه المحكمة- أن مؤدى المادتين ١٧٢، ٣٨٢ من القانون المدنى " أنه إذا كان العمل غير المشروع يشكل جريمة بما يستتبع قيام الدعوى الجنائية إلى جانب التعويض المدنى فإن الدعوى المدنية لاتسقط إلا بسقوط الدعوى الجنائية ، فإذا انفصلت الدعويان بأن اختار المضرور الطريق المدنى دون الطريق الجنائى للمطالبة بتعويض الضرر الناشئ عن الجريمة أو

كان القانون يمنعه من إقامة دعواه المدنية مع الدعوى الجنائية فإن سريان التقادم بالنسبة للمضرور يقف ما بقى الحق فى رفع الدعوى الجنائية أو تحريكها أو السير فيها قائما ، فإذا انقضت هذه الدعوى بصدور حكم بات فيها أو بسبب آخر من أسباب الانقضاء كسقوطها بالتقادم عاد تقادم الحق فى المطالبة بالتعويض إلى السريان منذ هذا التاريخ ذلك أن بقاء الحق فى رفع الدعوى الجنائية أو تحريكها أو السير فيها قائما يعد فى معنى المادة ١/٣٨٢ من القانون المدنى مانعا يتعذر معه على المضرور المطالبة بحقه فى التعويض " .

(طعن رقم ٣٧٥٣ لسنة ٦١ ق جلسة ١٩٩٧/٢/١٥)

٥- " لما كان المشرع قد جرم واقعة إتلاف المنقول بإهمال بعقوبة المخالفة وذلك بالتعديل الذى أدخله بتاريخ ١٩٨١/١١/٤ على نص المادة ٣٧٨ من قانون العقوبات بالقانون رقم ١٦٩ لسنة ١٩٨١ بنصه على أن " يعاقب بغرامة لا تجاوز خمسين جنيها كل من ارتكب فعلا من الأفعال الآتية : .... ٦- من تسبب بإهماله فى إتلاف شئ من منقولات الغير ...... " فإن واقعة إتلاف سيارة المطعون ضدها الأولى بطريق الخطأ والمحرر عنها محضر المخالفة رقم ..... قد أصبحت تشكل فى حق مرتكبها الطاعن جريمة جنائية تحرك عنها الدعوى الجنائية لمعاقبته بالعقوبة الواردة بنص المادة السالفة ويوقف بها سريان تقادم دعوى

التعويض المدنية المائلة الناشئة عنها طوال المدة التى تقوم فيها الدعوى الجنائية ولا يعود التقادم إلى السريان إلا بإنقضائها إما بصدور الحكم نهائى وإما بسبب آخر من أسباب الانقضاء كسقوطها بالتقادم " .

(طعن رقم ٢٩٥٣ لسنة ٦٠ ق جلسة ١٩٩٥/١/١٩)

٦- " لما كان مؤدى المادتين ١٧٢ ، ٣٨٢ من القانون المدنى أنه إذا كان الفعل غير المشروع الذى سبب الضرر والذى يستند إليه المضرور فى دعواه المدنية هو جريمة ورفعت الدعوى الجنائية على مقارفها فإن سريان التقادم بالنسبة لدعوى المضرور يقف طوال المدة التى تدوم فيها المحاكمة الجنائية ولا يعود إلى السريان إلا بانقضاء الدعوى الجنائية بصدور الحكم الجنائى البات أو بانقضائها لسبب آخر على أساس أن قيام الدعوى الجنائية يكون فى هذه الحالة مانعا قانونيا فى معنى المادة ١/٣٨٢ من القانون المدنى يتعذر معه على الدائن المضرور المطالبة بحقه فيكون له بعد ذلك وقبل أن تكتمل مدة التقادم الثلاثى أن يرفع دعواه المدنية أمام المحاكم المدنية يستوى فى ذلك أن يؤسسها على المسئولية عن الأعمال الشخصية أو عن عمل الغير أو الناشئة عن الأشياء " .

(طعن رقم ٦٥٠ لسنة ٦٠ ق جلسة ١٩٩٧/٢/٢٠)

٨ ـ يجب لوقف مدة تقادم الدعوى المدنية أن يكون الفعل المكون للجريمة يعتبر أساسا مشتركا بين الدعويين وسابقا فى وقوعه على رفع الدعوى المدنية :

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" النص فى المادة ٢٦٥ من قانون الإجراءات الجنائية على أنه "إذا رفعت الدعوى المدنية أمام المحاكم المدنية يجب وقف الفصل فيها حتى يحكم نهائيا فى الدعوى الجنائية المقامة قبل رفعها أو فى أثناء السير فيها " يدل على أن مبدأ تقيد القاضى المدنى بالحكم الجنائى فى الموضوع المشترك بين الدعويين وهو وقوع الجريمة ونسبتها إلى فاعلها وفق المادة ٤٥٦ من قانون الإجراءات الجنائية والمادة ١٠٢ من قانون الإثبات يستلزم أن يكون الفعل المكون للجريمة سابقة فى وقوعه على رفع الدعوى المدنية إذ لا يتأتى أن يكون أساسا مشتركا بين الدعويين إذا كان لا حقا على رفع هذه الدعوى ، وإذ كان وقف الدعوى طبقا للمادة ١٢٩ مرافعات هو أمر جوازى للمحكمة التى عليها أن تعرض لتصفية كل نزاع يقوم على أى عنصر من عناصر الدعوى يتوقف الحكم فيها على الفصل فيه وكان الثابت فى الدعوى أنها أقيمت من المطعون ضده فى ١٩٨٢/٤/٢١ بطلب إثبات العلاقة الإيجارية بينه وبين الطاعن عن محل النزاع ، وكانت الجنحة رقم .... أقيمت على المطعون ضده

لأنه فى يوم ١٩٨٢/٦/٥ دخل محلا لحفظ المال - محل النـزاع- ولم يخرج منه* بناء على تكليفه لهم الحق فى ذلك ، وكان هذا الفعل الجنائى المنسوب إلى المطعون ضده لاحقا فى وقوعه على رفع الدعوى المطعون فى حكمها ، ومن ثم لا يعتبر أساسا مشتركا بين الدعوى الجنائية المقامة عنه وبين الدعوى المدنية التى رفعت من قبله حتى يوجب وقف هذه الدعوى الأخيرة ، وكان الفصل فى طلب إثبات العلاقة الإيجارية بين طرفى الدعوى المطروح على المحكمة المدنية هو مما تختص بالفصل فيه ، فإن الحكم المطعون فيه إذ التفت عن طلب الطاعن وقف الدعوى حتى يفصل فى الجنحة المشار إليها لا يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون أو فى فهم الواقع فى الدعوى " .

(طعن رقم ٧٤١ لسنة ٥٤ ق جلسة ١٩٨٧/١١/٢٢)

٩ـ وقف التقادم فى الدعوى بالنسبة إلى جميع المتهمين عند تعددهم :

وقف الدعوى المدنية حتى يحكم نهائيا (بحكم بات) فى الدعوى الجنائية المقامة قبل رفعها أوفى أثناء السير فيها عملا بالمادة ٢٦٥ من قانون الإجراءات الجنائية فى حالة تعدد المتهمين بارتكاب الفعل، يكون واجبا حتى يحكم نهائيا فى الدعوى الجنائية بالنسبة لجميع هؤلاء المتهمين .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " إذ كانت المادة ١٨ من قانون الإجراءات الجنائية تنص على أنه إذا تعدد المتهمون فإن انقطاع المدة بالنسبة لأحدهم يترتب عليه انقطاعها بالنسبة للباقين ما لم يكن قد اتخذ ضدهم إجراءات قاطعة للمدة . وكان الثابت أن دعوى التعويض الماثلة نشأت عن جريمة اتهم فيها .... وأقيمت الدعوى الجنائية ضده قبل أن تسقط وحكم استئنافيا ببراءته فى ١٩٧٧/٢/١٦ على أساس أن المسئول عن الجريمة هو سائق السيارة المؤمن عليها لدى الطاعنة . وبذلك يكون هذا الأخير متهما آخر فى الجريمة التى تعدد المتهمون فيها وقد انقطعت مدة التقادم بالنسبة للمتهم الأول ولم تستأنف سريانها إلا فى ١٩٧٧/٢/١٦ ويترتب على ذلك انقطاع مدة التقادم بالنسبة للمتهم الآخر فلا تستأنف سيرها إلا فى التاريخ المذكور ، والثابت أن دعوى التعويض الماثلة رفعت فى ١٩٧٧/٣/٢٢ قبل مضى ثلاث سنوات من ١٩٧٧/٢/١٦ فلم تكن الدعوى الجنائية قد سقطت باعتبارها فى مادة جنحة لا تسقط إلا بمضى ثلاثين سنين وكانت دعوى التعويض لا تسقط بالتقادم إلا بسقوط الدعوى الجنائية ، فإن الحكم الصادر بسقوطها بالتقادم يكون مخالفا للقانون " .

(طعن رقم ٨٤٩ لسنة ٤٩ ق جلسة ١٩٨٣/٢/٦)

٢- " من المقرر بنص المادة ٢٦٥ من قانون الإجراءات الجنائية أنه " إذا رفعت الدعوى المدنية أمام المحاكم المدنية يجب وقف الفصل فيها حتى يحكم نهائيا فى الدعوى الجنائية المقامة قبل رفعها أو فى أثناء السير فيها " ولما كان المشرع قد أطلق لفظ الدعوى الوارد بهذا النص ولم يخصصه أو يقيده بأى قيد ، وكان هذا الحكم يتعلق بالنظام العام ويعد نتيجة حتمية لمبدأ تقيد القاضى المدنى بالحكم الجنائى فيما فصل فيه بشأن وقوع الفعل المكون للأساس المشترك بين الدعويين والوصف القانونى لهذا الفعل ونسبته إلى فاعله - وهو ما نصت عليه المادة ٤٥٦ من ذلك القانون - فإن الوقف المشار إليه يكون عند - تعدد المتهمين بارتكاب هذا الفعل - واجبا حتى يحكم نهائيا فى الدعوى الجنائية بالنسبة لجميع هؤلاء المتهمين . وإذا كان قيام هذه الدعوى بالنسبة لبعضهم- يعد فى تطبيق المادة ٣٨٢ من القانون المدنى - مانعا قانونا يتعذر معه على المضرور أن يرفع دعواه على الباقين أو أحدهم أمام المحكمة المدنية للمطالبة بحقه فى التعويض عن ذلك الفعل ، فإن تقادم هذه الدعوى لا يسرى فى حقه حتى يصدر فى الدعوى الجنائية حكم بات بالنسبة لهم جميعا ".

(طعن رقم ١٦٦٥ لسنة ٥٧ ق جلسة ١٩٨٩/١١/٧)

١٠ـ استئناف مدة تقادم الدعوى المدنية سيرها بصدور قرار نهائى بعدم وجود وجه لإقامة الدعوى الجنائية :

وقد أوضحت ذلك محكمة النقض فى حكمها الصادر بتاريخ ١٩٧٩/٤/١٢ طعن رقم ٢٩ لسنة ٤٦ق (غير منشور)[1] إذ ذهبت فيه إلى أن :

"من المقرر وفقا للفقرة الثانية من المادة ١٧٢ من القانون المدنى أنه إذا كانت دعوى التعويض ناشئة عن جريمة ، وكانت الدعوى الجنائية لم تسقط بعد فإن دعوى التعويض لا تسقط إلا بسقوط الدعوى الجنائية ، وإذ كانت إجراءات التحقيق الجنائى تعتبر قاطعة لسريان المدة التى تسقط بها الدعوى الجنائية عملا بالمادة ١٧ من قانون الإجراءات الجنائية فإذا ما رأت النيابة العامة بعد هذا التحقيق أن لا وجه لإقامة الدعوى ، فإنها تصدر أمرا بذلك يترتب عليه وفقا للمادتين ١٩٧ ، ٢١٣ من ذات القانون امتناع العودة إلى التحقيق إلا إذا ظهرت دلائل جديدة قبل انتهاء المدة المقررة لسقوط الدعوى الجنائية ، ولا يملك سلطة إعادة تحريك الدعوى الجنائية بناء على هذه الدلائل الجديدة إلا النيابة العامة ، فإذا لم تلغ النيابة العامة الأمر بالأوجه ، فإنه تكون له قوة الأمر

(١) منشور بمؤلف الأستاذ محمد كمال عبد العزيز ص ١٥٤٥ ومابعدها .

المقضى بما يمتنع معه عليها تحريك الدعوى الجنائية من بعد صدوره . وإذ كان الثابت من مدونات الحكم المطعون فيه أن دعوى التعويض التى أقامها الطاعنون ناشئة عن حادث وقع بتاريخ ١٩٦٩/٣/١٠ أفضى إلى موت مورثهم وحرر عن ذلك المحضر ... جنح الأزبكية ، وقيدت الواقعة قتل خطأ ضد السائق تابع المطعون عليه الأول وأصدرت النيابة العامة بتاريخ ١٩٦٩/٦/٢٥ أمر بألاوجه لإقامة الدعوى الجنائية لعدم الجناية ، وكان هذا الأمر لم يطعن عليه من الطاعنين – وما كان يقبل منهم ذلك لأنه لم يثبت أنهم ادعوا فى التحقيق بحق مدنى حتى يباح لهم حق الطعن على النحو الذى نظمته المادة ٢١٠ من قانون الإجراءات الجنائية– وكان مجرد تظلمهم من هذا الأمر إلى رئيس النيابة وأمره باستيفاء التحقيق – فضلا عن عدم وجود أصل له فى الأوراق – لايعتبر إلغاء للقرار بألاوجه ، لأن لا يملك هذا الإلغاء إلا النائب العام وفقا للمادة ٢١١ من القانون المذكور أو المحامى العام الذى له جميع حقوق واختصاصات النائب العام المنصوص عليها فى القوانين وذلك عملا بالمادة ٢٥ من قانون السلطة القضائية رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٢ ، كما أن هذا الإلغاء مشروط– وفقا للمادة ٢١١ المشار إليها– بأن يتم فى خلال ثلاثة الأشهر التالية لصدور الأمر ، ما لم تظهر الدلائل الجديدة التى تبيح الإلغاء فى أى وقت قبل سقوط

الدعوى الجنائية بالتقادم . فإن مفاد ما تقدم أن الأمر بألاوجه الذى أصدرته النيابة العامة بتاريخ ١٩٦٩/٦/٢٥ قد حاز من هذا التاريخ قوة الأمر المقضى بالنسبة لها ، بحيث لايجوز الرجوع إلى الدعوى الجنائية . غير أنه لما كان لا حجية لهذا على المضرور بالحادث ولا يحول بينه وبين الدعوى المدنية يقيم فيها الدليل على الخطأ ونسبته إلى من اقترفه ، فإن الدعوى المدنية تكون قد انفصلت عن الدعوى الجنائية من تاريخ صدور ذلك الأمر ؛ ومن هذا التاريخ يعود سريان التقادم الثلاثى المنصوص عليه فى المادة ١٧٢ من القانون المدنى ، وإذ كان الطاعنون قد أقاموا دعواهم بصحيفتها المودعة قلم الكتاب فى ١٩٧٢/٨/٢٦ أى بعد اكتمال التقادم الثلاثى المشار إليه الذى لم يطرأ عليه منذ صدور القرار بألاوجه ثمة ما يقطعه قانونا ".

١١ـ وقف سريان التقادم مدة قيام الدعوى الجنائية أمام القضاء العسكرى :

الأحكام التى تصدر من محاكم القضاء العسكرى المشكلة طبقا للقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٦ (المعدل) بإصدار قانون الأحكام العسكرية لا تكون نهائية سواء كانت صادرة بالبراءة أو بالإدانة إلا من تاريخ التصديق عليها ، وهذا التصديق بمثابة درجة استئنافية

للأحكام الصادرة من المحاكم العسكرية ، والتصديق إجراء جوهرى مكمل لسلطة المحكمة .

وأجاز القانون للمحكوم عليه أن يتقدم بالتماس بعد صدور الحكم النهائى (المصدق عليه) بحيث لايصبح باتا إلا بإنقضاء ميعاد الالتماس دون تقديمه أو رفضه فى حالة تقديمه .

ومفاد ذلك أن تقادم الدعوى المدنية الناشئة من جريمة عسكرية يبدأ اعتبارا من اليوم التالى لانقضاء ميعاد الالتماس أو رفضه ، وتكون مدة تقادمها ثلاث سنوات عملا بالمادة ١٧٢ مدنى .

وإذا كان قانون الأحكام العسكرية قد قصر اختصاص القضاء العسكرى على الدعوى الجنائية دون الدعوى المدنية (م٤٩) فإن ذلك لا ينال من قاعدة "أن الجنائى يوقف المدنى" وأن القاضى المدنى يتقيد بالحكم بالجنائى ، ومن ثم فإن وقوع الجريمة الخاضعة لاختصاص القضاء العسكرى ورفع الدعوى بها ، يعتبر مانعا قانونيا يحول دون المضرور ورفع دعوى التعويض ، حتى يصير الحكم باتا أو بانقضاء الدعوى الجنائية بأى سبب من أسباب انقضائها كالتقادم أو الوفاة أو الحفظ[١] .

---

(١) المستشار أنور طلبه المطول فى شرح القانون المدنى الجزء الثالث الطبعة الأولى ٢٠٠٤ ص ٥٣١ ومابعدها .

وفى هذا قضت محكمة النقض – الدائرة المدنية – بأن :

١- " مؤدى نصوص المواد ١٠ ، ٦٤ ، ٧٨، ٨٤، ١١٤ ، ١١٨ من قانون الأحكام العسكرية الصادر بالقانون ٢٥ لسنة ١٩٦٦ والمعدل بالقانون ٨٢ لسنة ١٩٦٨ أن الحكم الغيابى الذى يصدر فى جنحة من المحاكم العسكرية يصبح نهائيا بالتصديق عليه غير أنه يقبل الطعن فيه بالتماس إعادة النظر- الذى اتخذه ذلك القانون – وعلى ما أفصحت عنه مذكرته الإيضاحية ، بديلا عن الضمانات التى كفلها القانون العام عن طريق الطعن بالنقض فى أحكام المحاكم العادية ، ومن ثم لايزول المانع الذى يتعذر معه على المضرور المطالبة بحقه فى التعويض أمام القضاء المدنى بمجرد التصديق على ذلك الحكم ، إذ يتعين لذلك استنفاذ الطعن فيه بهذا الطريق أو فوات مواعيده ، أو أن يتحقق أحد أسباب انقضاء الدعوى الجنائية الأخرى بعد التصديق على الحكم وقبل أن يصبح باتا ، ومنها مضى مدة تقادم الدعوى العسكرية – وهى ثلاث سنوات فى الجنح – دون حصول أى إجراء قاطع للتقادم " .

(طعن رقم ٢١٨٩ لسنة ٥٥ ق جلسة ١٩٨٦/١٢/١٦)

٢- " مفاد المواد ١٠، ٤٩، ٦٤، ١١٤ ، ١١٨ من قانون الأحكام العسكرية ٢٥ لسنة ١٩٦٦ المعدل بالقانون ٨٢ لسنة ١٩٦٨ والمواد ٢، ٣ ، ٤، ٥، ٦، ٧ من القرار رقم ٤٩ لسنة

١٩٦٩ الصادر من وزير الحربية بشأن الإجراءات الواجب أتباعها في التماس إعادة النظر في أحكام المحاكم العسكرية تنفيذا لأحكام ذلك القانون أن الحكم الذى يصدر في جنحة من المحاكم العسكرية – والتى لا يقبل الادعاء بالحقوق المدنية أمامها – يصبح نهائيا بالتصديق عليه غير أنه يقبل الطعن فيه بالتماس إعادة النظر الذى اعتبره ذلك القانون – وعلى ما أفصحت عنه مذكرته الإيضاحية- بديلا عن الضمانات التى كفلها القانون العام عن طريق الطعن بالنقض في أحكام المحاكم العادية ومن ثم لا يزول المانع الذى يتعذر معه على المضرور المطالبة بحقه في التعويض أمام القضاء المدنى بمجرد التصديق على ذلك الحكم ، إذ يتعين لذلك استنفاذ الطعن فيه بهذا الطريق أو فوات ميعاده أو تحقق أحد أسباب انقضاء الدعوى الجنائية الأخرى بعد التصديق على الحكم وقبل أن يصبح باتا ومنها مضى مدة تقادم الدعوى العسكرية وهى ثلاث سنوات في الجنح ، دون حصول أى إجراء قاطع للتقادم " .

(طعن رقم ٣٧٥٣ لسنة ٦١ ق جلسة ١٩٩٧/٢/١٥)

كما قضت محكمة النقض – الدائرة الجنائية ـ بأن :

" لما كان قانون الإجراءات الجنائية يقضى في المادتين ١٥، ١٧ منه بانقضاء الدعوى الجنائية في مواد الجنح بمضى ثلاث

سنوات من يوم وقوع الجريمة وتنقطع المدة بإجراءات التحقيـق أو الاتهام أو المحاكمة وكذلك بالأمر الجنائى أو بإجراءات الاسـتدلال إذا اتخذت فى مواجهة المتهم أو إذا أخطر بها بوجه رسمى وتسرى المدة من جديد ابتداء من يوم الانقطاع وإذا تعـددت الإجـراءات التى تقطع المدة فإن سريان المدة يبدأ من تاريخ آخر إجراء ، وكان قد مضى - فى صورة الدعوى - ما يزيد على ثلاث سنوات مـن تاريخ الحكم الابتدائى إلى يوم التقرير بالطعن فيه بالاسـتئناف دون اتخاذ إجراء من قبيل ما ذكر ، وكـان الـدفع بانقضـاء الـدعوى الجنائية بمضى المدة هو مما تجوز إثارته لأول أمام محكمة النقض مادامت مدونات الحكم تشهد بصحته ، وهو الحال فـى الـدعوى ، فإن الحكم المطعون فيه إذ قضى بإدانة الطـاعن رغـم انقضـاء الدعوى الجنائية يكون قد خالف القانون مما يتعين معه نقضه فيمـا قضى به فى الدعوى الجنائية والحكم بانقضائها بمضى المـدة دون أن يكون لذلك تأثير على الدعوى المدنية المرفوعـة معهـا فهـى لاتنقضى إلا بمضى المدة المقررة فى القانون المدنى " .

(طعن رقم ٥٦٤٨ لسنة ٥٧ ق جلسة ١٩٨٩/٣/١٥)

١٢- صدور حكم بات قرينة قاطعة بتحقق علم المجنى عليه بحدوث المضرور وبشخص المسئول عنه :

إذا تحقق الضرر نتيجة جريمة ، ولم يعلم المجنى عليه بحصول الضرر وبشخص من أحدثه ، ظل له الحق في رفع دعوى التعويض فلا تسقط الدعوى إلا بانقضاء خمسة عشر عاما من تاريخ حصول الضرر. أما إذا انقضت الجريمة بصدور حكم بات ، فقد افترض القانون تحقق هذا العلم بصدور هذا الحكم ، أى أن صدور هذا الحكم يعد قرينة قاطعة على تحقق العلم ومن ثم تبدأ مدة التقادم الثلاثى من اليوم التالى لصدور الحكم البات إذ يترتب على صيرورة الحكم باتا ، حصر المسئولية الجنائية فى المحكوم عليه دون سواه ويصبح هو وحده محدث الضرر بموجب قرينة قانونية قاطعة لا يجوز إثبات ما يخالفها .

أما الأسباب الأخرى التى تنقص بها الدعوى الجنائية ، فليس من شأنها أن ترتب هذه النتيجة ، كانقضاء الدعوى الجنائية بالتقادم أو بموت المتهم أو بالقرارات التى تصدرها النيابة العامة ، فإن لم يتحقق علم المضرور بحدوث الضرر وبشخص محدثه ، فإن الدعوى تسقط بانقضاء خمس عشرة سنة على وقوع الضرر[١] .

---

(١) المستشار أنور طلبه ص ٥٢٦ .

وفى هذا قضت محكمة النقض بـأن :

١- " متى كانت دعوى التعويض ناشئة عن جناية أحداث فـإن سريان التقادم الثلاثى المسقط لحق المطعون ضـده بصـفته فـى الرجوع على المسئول عن الفعل الضار لا يبـدأ إلا مـن تـاريخ صدور الحكم النهائى فى الجناية المذكورة بإدانة الجانى ، وإذا كان الحكم الصادر فيها بتاريخ ١٩٦٨/١٠/٢٠ بتسليم المتهم الصـغير ابن الطاعن - لولى أمره وإن كان لا يقبل الطعن فيه بالاسـتئناف من المتهم كنص المادة ٣٥٤ من قانون الإجراءات المنطبقة علـى واقعة الدعوى - قبل إلغائها بالقانون رقم ٣١ لسنة ١٩٧٤ بشـأن الأحداث - فإنه لا يكون نهائيا إلا بفوات المواعيد المقررة للطعـن فيه من النيابة العامة أو باستنفاذ طرق الطعـن وإذ كانـت النيابـة العامة لم تطعن على الحكم المذكور بالاستئناف فإنه يكـون نهائيـا بفوات مدة الثلاثين يوما المقررة للطعن فيه بالاستئناف من النائـب العام كنص الفقرة الأخيرة من المادة ٤٠٦ من قـانون الإجـراءات الجنائية أى من ١٩٦٨/١١/١٩ وهو التاريخ الذى يبدأ مـن اليـوم التالى له سريان تقادم دعوى التعويض المدنية بمـدتها الأصـلية- ثلاث سنوات - ، ولما كان الثابت بالأوراق أن الدعوى أقيمت فى ١٩٧١/١١/٩ فإنها تكون قد رفعت قبل مضـى الـثلاث سـنوات

المقررة قانونا لسقوطها ويكون الحكم المطعون فيه قد أصاب في قضائه برفض الدفع بسقوطها بالتقادم ، ولا يغير من الأمر شيئا خطؤه في تاريخ الحكم الصادر في استئناف المتهم مبدأ لسريان التقادم طالما أن ذلك لم يؤثر في النتيجة التي انتهى إليها " .

(طعن رقم ٤٢٠ لسنة ٤٤ ق جلسة ١٩٧٧/١٢/١٥)

٢- لا يلزم لزوال أثر رفع الدعوى في قطع التقادم بسقوط الخصومة أو انقضائها استصدار حكم بالسقوط أو الانقضاء وإنما يمكن التمسك بذلك عن طريق الدفع إذا ما رفع الدائن دعوى أخرى تمسك فيها بأثر الدعوى الأولى التي سقطت أو انقضت فيها الخصومة . لما كان ذلك وكان الثابت من الأوراق أن العمل غير المشروع الذي سبب الضرر للمطعون ضدهم أولاً وثانيا شكل جريمة قضى فيها جنائيا بإدانة قائد السيارة وقت الحادث وصار الحكم الجنائي باتا في ١٩٨٣/١٠/١٩ ، وهو تاريخ بدء سريان التقادم لدعوى التعويض قبل الشركة الطاعنة وإذ لم يرفع المطعون ضدهم سالفي البيان دعواهم قبلها والمطعون ضده الأخير إلا بتاريخ ١٩٩٥/١/١٩ ، أي بعد مرور أكثر من ثلاث سنوات ومن ثم يكون الدفع بالتقادم الثلاثي المبدى منها صحيحا ولا ينال من ذلك إقامة المطعون ضدهم الدعوى رقم ٣٤٦٩ لسنة ١٩٨٤ ، مدني محكمة

طنطا الابتدائية والتى تقرر شطبها بجلسة ١٩٩٢/١١/١٩ ، ولم يجدد السير فيها خلال الميعاد القانونى وفقا لنص المادة ٨٢ من قانون المرافعات والتى اعتد بها الحكم المطعون فيه معتبرا إياها إجراء قاطعا للتقادم رغم أنها لم تجدد من الشطب واستعيض عنها بالدعوى الماثلة بما مؤداه زوال كافة الآثار المترتبة عليها بما فيها أثر صحيفة افتتاحها فى قطع التقادم قبل الشركة الطاعنة مادامت الأخيرة قد تمسكت فى دفاعها أمام محكمة ثانى درجة بانقضاء تلك الدعوى وزوال أثرها فى ذلك ، وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر وقضى برفض الدفع بسقوط دعوى المطعون ضدهم أولا وثانيا بالتقادم الثلاثى المبدى من الشركة الطاعنة فإنه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون " .

(طعن رقم ٩٩٥ لسنة ٦٧ ق جلسة ١٩٩٨/٥/٢٠)

١٣ـ الحكم الغيابى غير المعلن مجرد إجراء قاطع للتقادم :

إذا صدر فى الدعوى الجنائية حكم غيابى، ولم يعلن هذا الحكم ، ولو من قبل المجنى عليه ولو لم يكن مدعيا بالحق المدنى ، فإن أثر هذاالحكم يقتصر على اعتباره إجراء قاطعا لتقادم الدعوى الجنائية ، فإذا لم يتخذ إجراء قاطع للتقادم بعد ذلك ، فإن مدة التقادم الثلاثى تحسب من اليوم التالى لتاريخ صدور هذا الحكم .

وفى هذا قضت محكمة النقض بـأن :

" لما كان الحكم الغيابى القاضى بإدانة مقترف جريمة الجنحة لا تنقضى به الدعوى الجنائية إذ هو لا يعدو أن يكون من الإجراءات القاطعة لمدة الثلاث سنوات المقررة لتقادم الدعوى الجنائيـة طبقـا للمادتين ١٥، ١٧ من قانون الإجراءات الجنائية ، ومن ثم فإنـه إذا لم يعلن هذا الحكم للمحكوم عليه ولم يتخذ إجراء تال قاطع لتقـادم الدعوى الجنائية فإن هذه الدعوى تنقضى بعد مضى ثلاث سـنوات من تاريخ صدوره ومنذ هذا الانقضاء يزول المانع القانونى الـذى كان سببا فى وقف تقادم دعوى المضرور المدنية قبل المؤمن" .

(طعن رقم ٣٥٥ لسنة ٥٧ ق جلسة ١٩٨٩/١١/٢٣)

(أ)- " المقرر- فى قضاء هذه المحكمة - أن مفاد نص المـادة ١٧٢ من القانون المدنى أنه إذا كان العمل الضـار يسـتتبع قيـام دعوى جنائية إلى جانب دعوى التعويض المدنيـة فـإن الـدعوى المدنية لا تسقط إلا بسقوط الدعوى الجنائية ".

(ب)- " مؤدى نص المادتين ١٥ ، ١٧ من قانون الإجـراءات الجنائية أن الدعوى الجنائية فى مواد الجنح تنقضى بمضى ثـلاث سنوات من يوم وقوع الجريمة وتنقطع المدة بإجراءات التحقيـق أو الاتهام أو المحاكمة وكذلك بالأمر الجنائى أو بإجراءات الاسـتدلال إذا اتخذت فى مواجهة المتهم أو إذا أعلن بها بوجه رسمى ، فـإذا

مضت مدة التقادم دون تمام ذلك فإن لازمه انقضاء الدعوى الجنائية بمضي المدة ، ومنذ هذا الانقضاء يزول المانع الذى كان سببا فـــى وقف سريان تقادم دعوى المضرور المدنية قبل المسئول ".

(طعن رقم ٤٨٦١ لسنة ٦١ ق جلسة ١٩٩٧/١٢/٢٨)

١٤ـ الحكم الحضورى الاعتبارى هو فى حقيقته حكم غيابى :

الحكم الحضورى الاعتبارى الصادر بإدانة المتهم ، هــو فـــى حقيقته حكم غيابى ، فهو حكم قابل للمعارضة إذا ما أثبت المحكوم عليه قيام عذر منعه من الحضور ولم يستطع تقديمه قبل الحكم وفقا للمادة ٢٤١ من قانون الإجراءات الجنائية . ومن ثم فإنه يأخذ حكم الحكم الغيابى فى تطبيق المادة ١٧٢ مدنى ، ومن ثم يعتبــر مــن إجراءات المحاكمة التى تقطع تقادم الدعوى الجنائية ولا تنقضى به هذه الدعوى .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " ... والحكم الحضورى الاعتبارى الصادر فى مواد الجنح هو فى حقيقته حكم غيابى ومن ثم يعتبر من إجــراءات المحاكمـــة التى تقطع تقادم الدعوى الجنائية ولا تنقضى به وتبدأ مدة التقادم من تاريخ صدوره " .

(طعن رقم ١٦٥٢ لسنة ٥٦ ق جلسة ١٩٩٠/١١/٧)

٢- إذا كان الحكم الجنائى الصــادر بتــاريخ ١٩٧٩/١٠/١٦ بإدانة المحكوم عليهما لا تنقضى به الدعوى الجنائية لأنه ليس حكما باتا بل كان غيابيا لأحدهما وحضوريا اعتباريا للآخر وهو ما يعــد فى حقيقته غيابيا بدوره وبالتالى فإن الحكم الجنائى المذكور لايعدو أن يكون من الإجراءات القاطعة لمدة الثلاث سنوات المقررة لتقادم الدعوى الجنائية فى الجنح طبقــا للمــادتين ١٥ ،١٧ مــن قــانون الإجراءات الجنائية ومن ثم فإن هذه الدعوى تكــون قــد انقضــت بالتقادم فى ١٩٨٢/١٠/١٥ ، وهو التاريخ الذى يبدأ من اليوم التالى له سريان التقادم الثلاثى المسقط لدعوى التعــويض المدنيــة . وإذ رفعت هذه الدعوى فى ١٩٨٤/٨/٢٢ فإنها تكون قد أقيمــت قبــل سقوط الحق فى رفعها وإذ خالف الحكم المطعون فيه هــذا النظــر حين اعتبر الحكم الجنائى الغيابى المشار إليه تنقضى به الــدعوى الجنائية فإنه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون " .

(طعن رقم ٦٥٠ لسنة ٦٠ ق جلسة ١٩٩٧/٢/٢٠)

كما قضت الدائرة الجنائية بمحكمة النقض بأن :

" لما كان الحكم الحضورى الاعتبارى هو حكم قابل للمعارضة إذا ما أثبت المحكوم عليه قيام عذر منعه من الحضور ولم يســتطع تقديمه قبل الحكم وفقا للمادة ٢٤١ من قانون الإجــراءات الجنائيــة

وكانت المادة ٣٢ من القانون رقم ٥٧ لسنة ١٩٥٩ من شأن حالات وإجراءات الطعن أمام محكمة النقض تقضى بأنه لا يقبل الطعن بطريق النقض فى الحكم مادام الطعن فيه بطريق المعارضة جائزا، ولما كان الثابت من الاطلاع على المفردات المضمومة أنها خلت مما يفيد إعلان الطاعنين سالفى الذكر بهذا الحكم ، وكان الإعلان هو الذى يفتح باب المعارضة ويبدأ به سريان الميعاد المحدد لها فى القانون ، فإن باب المعارضة فى الحكم لم يزل مفتوحا ويكون الطعن فيه بطريق النقض غير جائز ".

(طعن رقم ٣٨٦٠ لسنة ٥٧ ق جلسة ١٩٨٨/١/١٤)

تقادم دعوى التعويض المدنية المرفوعة بالتبعية للدعوى الجنائية :

قضت محكمة النقض فى هذا بأن :

" الأصل فى الدعوى المدنية التى ترفع صحيحة بالتبعية للدعوى الجنائية- وعلى ما جرى به قضاء الدائرة الجنائية لهذه المحكمة- أن يكون الفصل فيها وفى موضوع الدعوى الجنائية معا بحكم واحد كما هو مقتضى نص الفقرة الأولى من المادة ٣٠٩ من قانون الإجراءات الجنائية إلا أنه قد ورد على هذا الأصل أحوال استثناها القانون من بينها حالة سقوط الدعوى الجنائية بعد رفعها لسبب من الأسباب الخاصة بها كوفاة المتهم أو التقادم فإن صدور

الحكم الجنائي بانقضاء الدعوى الجنائية في هذه الحالة لا يؤثر في سير الدعوى المدنية التي سبق رفعها معها وهو ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة ٢٥٩ من قانون الإجراءات الجنائية من أنه "وإذا انقضت الدعوى الجنائية بعد رفعها لسبب من الأسباب الخاصة بها ، فلا تأثير لذلك في سير الدعوى المدنية المرفوعة معها " مما مفاده أن الحكم بانقضاء الدعوى الجنائية بمضي المدة لا يكون له تأثير على سير الدعوى المدنية المرفوعة بالتبعية لها فهي لاتنقضي إلا بمضي المدة المقررة في القانون المدني " وهي على ما يبين من نص المادة ١٧٢ منه ثلاث سنوات من اليوم الذي يعلم فيه المضرور بالضرر الحادث وشخص من أحدثه فإذا لم يعلم بذلك فإن تلك الدعوى تسقط بانقضاء خمس عشرة سنة على وقوع العمل غير المشروع " .

(طعن رقم ٤٦٨٠ لسنة ٦١ ق جلسة ١٩٩٧/٥/٢٩)

١٥ـ إثبات علم المضرور بوقوع الضرر وبشخص المسئول عنه :

يقع على المتمسك بالدفع بالتقادم الثلاثي عبء إثبات علم المضرور بوقوع الضرر وبشخص المسئول عنه . وله إثبات ذلك بكافة طرق الإثبات القانونية .

واستخلاص علم المضرور من المسائل المتعلقة بالواقع والتي يستقل بها قاضي الموضوع إلا أن لمحكمة النقض أن تبسط رقابتها متى كانت الأسباب التي بني عليها الحكم ليس من شأنها أن تؤدى عقلا إلى النتيجة التي انتهى إليها أو لا تصلح ردا عليه .

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- " لئن كان استخلاص علم المضرور بحدوث الضرر وبالشخص المسئول عنه هو من المسائل المتعلقة بالواقع والتي يستقل بها قاضي الموضوع إلا أن لمحكمة النقض أن تبسط رقابتها متى كانت الأسباب التي بني عليها الحكم استخلاصه ليس من شأنها أن تؤدى عقلا إلى النتيجة التي انتهى إليها " .

(طعن رقم ٥٠ لسنة ٣٩ ق جلسة ١٩٧٦/٦/١)

٢-(أ)- " مؤدى نص المادة ١/١٧٢ من القانون المدني أن المشرع استحدث في نطاق المسئولية التقصيرية تقادما قصيرا يقضي بسقوط دعوى التعويض الناشئة عن عمل غير مشروع بانقضاء ثلاث سنوات وجعل من شروط هذا التقادم أن يبدأ سريان مدته من اليوم الذي يعلم فيه المضرور بالضرر الحادث ويقف على شخص من أحدثه فإذا لم يعلم بالضرر الحادث أو يقف على شخص من أحدثه ، فلا يبدأ سريان هذا التقادم القصير ولم يرد في النص المذكور ذكر تاريخ وقوع الحادث ولا ما يفيد افتراض علم المضرور بالضرر الحادث والوقوف على شخص محدثه من هذا

التاريخ والأصل عدم العلم ، وقد ادعى الطاعنان فى الدفع المبدى منهما بسقوط الدعوى بالتقادم علم المطعون ضدهما بالضرر الحادث وبشخص من أحدثه قبل رفع الدعوى بثلاث سنوات فيكون عليهم عبء إثبات ذلك إذ أن المشرع عنى بتحديد من يقع عليه عبء الإثبات مستهديا فى ذلك بالمبدأ العام فى الشريعة الإسلامية والذى يقضى بأن البينة على من ادعى واليمين على من أنكر والمراد بمن ادعى ليس من رفع الدعوى بل كل خصم يدعى على خصمه أمرا على خلاف الظاهر سواء كان مدعيا فى الدعوى أو مدعى عليه " .

(ب)- " المقرر أن تحصيل فهم الواقع فى الدعوى من شأن قاضى الموضوع وحده ولا رقيب عليه فى ذلك متى كان استخلاصه لما استخلص سائغا له سنده من الأوراق وأنه رتب على ما استخلص نتيجة سائغة ومحمولة على ما يكفى لحملها " .

(طعنان رقما ٣٩٢، ٤٠٨ لسنة ٥٢ ق جلسة ١٩٨٣/١/٢٣)

١٦- انتفاء التلازم الحتمى بين تاريخ وقوع الضرر وصدور حكم جنائى ضد الشخص المسئول عنه وبين علم المضرور- إذا لم يكن خصماً بحدوث الضرر :

إذا لم يكن المضرور خصما فى الدعوى التى أدين فيها المسئول ، فإنه لا يكون ثمة تلازم حتمى بين تاريخ وقوع الضرر

وصدور حكم جنائى ضد الشخص المسئول عنه وبين علم المضرور بحدوث الضرر . ويكون لمحكمة الموضوع أن تستخلص فى حدود سلطتها التقديرية ومن وقائع الدعوى وملابساتها عدم توافر هذا العلم لدى المضرور قبل مضى ثلاث سنوات سابقة على رفع الدعوى .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- المراد بالعلم فى نص الفقرة الأولى من المادة ١٧٢ من القانون المدنى لبدء سريان التقادم لدعوى التعويض الناشئة عن العمل غير المشروع – وعلى ماجرى به قضاء هذه المحكمة- هو العلم الحقيقى الذى يحيط بوقوع الضرر وبشخص المسئول عنه باعتبار أن انقضاء ثلاث سنوات من يوم هذا العلم ينطوى على تنازل المضرور عن حق التعويض الذى فرضه القانون على الملتزم دون إرادته مما يستتبع سقوط دعوى التعويض بمضى مدة التقادم ، لا وجه لافتراض هذا التنازل من جانب المضرور وترتيب حكم السقوط فى حالة العلم الظنى الذى لا يحيط بوقوع الضرر أو بشخص المسئول عنه . وإذ كان استخلاص علم المضرور بحدوث الضرر وبالشخص المسئول عنه هو من المسائل المتعلقة بالواقع التى تستقل بها محكمة الموضوع متى كان تحصيلها سائغاً وكان

لاوجه للتلازم الحتمى بين تاريخ وقوع الضرر وصدور حكم جنائى ضد الشخص المسئول عنه وبين علم المضرور بحدوث الضرر وبهذا الشخص المسئول عنه ، وكانت محكمة الموضوع قد خلصت فى حدود سلطتها التقديرية من وقائع الدعوى وملابساتها إلى عدم توافر هذا العلم لدى المطعون عليها الأولى قبل مضى ثلاث سنوات سابقة على رفع الدعوى ، وأقام الحكم قضاءه على أسباب تكفى لحمله ، ومن ثم كان ما يثيره الطاعن- من عدم إشارة الحكم إلى تاريخ وقوع الحادث أو تاريخ الحكم الجنائى أو تاريخ بدء التقادم الثلاثى وبعدم قبول انتفاء علم المطعون عليها بالضرر وبالمسئول عنه أو بصدور الحكم الجنائى والتصديق عليه إلى ما قبل ثلاث سنوات سابقة على إقامة الدعوى ، مما كان عليها عبء إثباته - لايعدو أن يكون فى حقيقته جدلاً موضوعياً فى تقدير محكمة الموضوع للأدلة ، وهو ما لا يجوز أمام محكمة النقض " .

(طعن رقم ١٤٩٤ لسنة ٤٩ ق جلسة ١٩٨١/٣/١٧)

٢- " مفاد نص الفقرة الأولى من المادة ١٧٢ من القانون المدنى أن التقادم الثلاثى الذى تسقط به دعوى التعويض الناشئة عن العمل غير المشروع لا يبدأ فى السريان إلا من تاريخ العلم الحقيقى الذى يحيط به المضرور بوقوع الضرر وبشخص المسئول عنه بإعتبار أن انقضاء ثلاث سنوات من يوم ثبوت هذا العلم ينطوى

على تنازل المضرور عن التعويض الذى فرضـــه القـــانون علـــى المسئول بما يستتبع سقوط دعوى التعويض بمضى مـــدة التقـــادم ، ولاوجه لافتراض هذا التنازل من جانب المضرور وترتيب حكـــم السقوط فى حالة العلم الظنى الذى لا يحيط بوقوع الضرر وبشخص المسئول عنه ، لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قـــد أجـــرى سريان مدة التقادم الثلاثى المشار إليه فى حق الطاعنين اعتبارا من ١٩٨٢/١٢/٢٣ تاريخ صدور قرار النيابة العســكرية بـــألا وجـــه لإقامة الدعوى الجنائية لوفاة المتهم – تابع المطعون ضده – فإنـــه يكون قد قرن علم الطاعنين بشخص المسئول عن الضرر بتـــاريخ صدور هذا القرار رغم انتفاء التلازم الحتمى بين الأمرين إذ خلت الأوراق مما يفيد إعلان الطاعنين بهذا القرار عملا بنص المـــادتين ٦٢ ، ٢٠٩ إجراءات جنائية فإن الحكم المطعون فيه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون ".

(طعن رقم ٣١٥٩ لسنة ٥٩ ق جلسة ١٩٩٦/١/٢)

١٧ـ تقادم التعويض إذا صدر به حكم بالتقادم الطويل :

تنص الفقرة الثانية من المادة ٣٨٥ مدنى على أن : " على أنـــه إذا حكم بالدين وحاز الحكم قوة الأمر المقضى أو إذا كان الدين مما يتقادم بسنة واحدة وانقطع تقادمه بإقرار المدين ، كانت مدة التقـــادم

الجديد خمس عشرة سنة ، إلا أن يكون الدين المحكوم به متضـــمناً لالتزامات دورية متجددة لاتستحق الأداء إلا بعد صدور الحكم " - ومفاد ذلك أنه إذا صدر حكم بالتعويض ، فـــإن ديـــن التعـــويض لايتقادم بالتقادم الثلاثى ، وإنما يتقادم بالتقادم الطويل .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" إن المادة ٣٨٥ من القانون المدنى فيما تنص عليهـــا فقرتهـــا الثانية من تقادم الدين بخمس عشرة سنة إذا صدر به حكـــم حـــائز لقوة الأمر المقضى تستبدل التقادم الطويل بالتقادم القصـــير للـــدين متى عززه حكم يثبته ويكون له من قوة الأمر المقضى فيمـــا مـــا يحصنه ، وإذ كان الحكم بالتعويض المؤقت وإن لم يحدد الضـــرر فى مداه أو التعويض فى مقداره يحيط بالمسئولية التقصـــيرية فـــى مختلف عناصرها ويرسى دين التعويض فى أصله ومبناه مما تقوم بين الخصوم حجيته وهى المناط بظاهر النص فى تعزيز الدين بما يبرر استبدال التقادم الطويل بتقادمه القصير ولايسوغ فى صـــحيح النظر أن يقصر الدين الذى أرساه الحكم على ما جرى به المنطـــوق رمزاً له ودلالة عليه بل يمتد إلى كل ما يتسع له محل الـــدين مـــن عناصر تقديره ولو بدعوى لاحقة يرفعها المضرور بدين غير الدين بل يرفعها بذات الدين استكمالا له وتعينا لمقداره فهو بهذه المثابـــة

فرع من أصل تخضع لما يخضع له ويتقادم بما يتقادم بـه ومدتـه خمس عشرة سنة ".

(طعن رقم ١٠٦٦ لسنة ٤٥ ق جلسة ١٩٧٩/١/٣١)

٢- " لما كانت المادة ٣٨٥ من القانون المدنى فيما تنص عليه فقرتها الثانية من تقادم الدين بخمس عشرة سنة إذا صدر به حكم حائز لقوة الأمر المقضى تستبدل التقادم الطويل بالتقادم القصير للدين متى عززه حكم يثبته ويكون له قوة الأمر المقضى فيه ما يحصنه ، وإذ كان الحكم بالتعويض المؤقت وإن لم يحدد الضرر فى مداه يعرض للمسئولية التقصيرية بما يثبتها ولدين التعويض بما يرسيه غير معين المقدار مما يرتبط بالمنطوق أوثق ارتباط فتمتد إليه قوة الأمر المقضى ومتى توافرت لأصل الدين هذه القوة فهى بظاهر النص حسبه فى استبدال التقادم الطويل بتقادمه القصير ولو لم يكن قابلاً للتنفيذ الجبرى . وليس يسوغ فى صحيح النظر أن يقصر الدين الذى أرساه الحكم على ما جرى به لمنطوق رمزاً له ودلالة عليه بل يمتد إلى ما يتسع له محله من عناصر تقديره ولو بدعوى لاحقة لا يرفعها المضرور بدين غير الدين بل يرفعها بذات الدين يستكمله بتعيين مقداره . فهى بهذه المثابة فرع من أصل تخضع لما يخضع له، وتتقادم بما يتقادم به ومدته خمس عشرة سنة " لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد التزم هذا النظر بما يوجب رفض الطعن ".

(طعن رقم ٥٩٩ لسنة ٤٥ ق جلسة ١٩٧٩/٢/٢٨)

٣- " إذا كانت المادة ٣٨٥ من القانون المدنى - فيما تنص عليه فقرتها الثانية من تقادم الدين بخمس عشرة سنة إذا صدر به حكم حائز لقوة الأمر المقضى - تستبدل التقادم الطويل بالتقادم القصير للدين متى عززه حكم يثبته ويكون له من قوة الأمر المقضى فيه ما يحصنه ، وإذ كان الحكم بالتعويض المؤقت- وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة- وإن لم يحدد الضرر فى مداه يعرض للمسئولية التقصيرية بما يثبتها ولدين التعويض بما يرسيه غير معين المقدار مما يرتبط بالمنطوق أوثق ارتباط فتمتد إليه قوة الأمر المقضى ، ومتى توافرت لأصل الدين هذه القوة فهى بظاهر النص حسبه فى استبدال التقادم الطويل بتقادمه القصير ولو لم يكن قابلا بعد للتنفيذ الجبرى ، وليس يسوغ فى صحيح النظر أن يقتصر الدين الذى أرساه الحكم على ما جرى به المنطوق رمزاً له ودلالة عليه بل يمتد إلى كل ما يتسع له محله من عناصر تقديره ولو بدعوى لاحقة لا يرفعها المضرور بدين غير الدين بل يرفعها بذات الدين يستكمله بتعيين مقداره ، فهى بهذه المثابة فرع من أصل تخضع لما يخضع له وتتقادم بما يتقادم به ومدته خمس عشرة سنة".

(طعن رقم ٤٩٨ لسنة ٤٠ ق جلسة ١٩٨١/١٢/٢٤)

٤- " من المقرر - فى قضاء هذه المحكمة- أن استخلاص علم المضرور بحدوث الضرر وبالشخص المسئول عنه - والذى يبدأ

من تاريخه- سريان التقادم الثلاثي المنصوص عليه في الفقرة الأولى من المادة ١٧٢ من القانون المدني- هو من المسائل المتعلقة بالواقع التي يستقل بها قاضي الموضوع متى كان استخلاصه سائغا ومن شأنه أن يؤدي عقلا إلى النتيجة التي انتهى إليه الحكم " .

(طعن رقم ٤٦٨٠ لسنة ٦١ ق جلسة ١٩٩٧/٥/٢٩)

١٨ـ تطبيق المادة (١/١٧٢) من حيث الزمان :

تنص المادة الثامنة من القانون المدني على أنه : "١- إذا قرر النص الجديد مدة للتقادم أقصر مما قرره النص القديم سرت المدة الجديدة من وقت العمل بالنص الجديد ، ولو كانت المدة القديمة قد بدأت قبل ذلك " .

٢- أما إذا كان الباقي من المدة التي ينص عليها القانون القديم أقصر من المدة التي قررها النص الجديد ، فإن التقادم يتم بانقضاء هذا الباقي " .

ولما كان نص الفقرة الأولى من المادة ١٧٢ مدني قد استحدث هذا التقادم الثلاثي ، وأصبح هذا التقادم في أكثر الأحوال أقصر من المدة التي كان يقررها نص في القانون القديم ، فإن ذلك التقادم الذي كان قد بدأ في ظل القانون القديم ولم يكتمل إبانه ، يعتبر أنه لم يترتب عليه حكمه . ولهذا يبدأ سريان المدة الجديدة من وقت

العمل بالقانون المدنى الجديد أى تسرى المدة الجديدة من ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩(م٢ من قانون إصدار القانون رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ بإصدار القانون المدنى) . ولكن إذا كان الباقى من المدة التى نص عليها القانون القديم أقصر من المدة المقررة فى القانون الجديد، كما لو كانت المدة القديمة للتقادم خمس عشر سنة ، وكان باقيا على اكتمالها مدة سنتين – فى المسئولية عن سرقة مثلا- وكان القانون الجديد يقرر التقادم بمضى ثلاث سنين من وقت العمل به ، فلا يلزم للتقادم فى هذه الحالة انقضاء ثلاث سنوات ، بل إنه يعتبر مكتملا بانقضاء هاتين السنتين ، وهذا ما رآه الشارع أقرب للعدالة والاستقرار(١) .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" إذ استحدثت المادة ١/١٧٢ من القانون المدنى مدة تقادم تسقط بمقتضاها دعوى التعويض الناشئة عن العمل غير المشروع بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذى علم فيه المضرور بحدوث الضرر وبالشخص المسئول عنه ، وكان النص على هذا التقادم يعد

---

(١) المستشار حسين عامر والمستشار عبد الرحيم عامر المسئولية المدنية التقصيرية والعقدية الطبعة الثانية ١٩٧٩ ص ٤٧٦ ومابعدها .

بهذه المثابة من القوانين الموضوعية المتصلة بأصل الحق ، فإنــه يحكمه فيما يتعلق بسريانه من حيث الزمان عند التنازع بينه وبــين قانون سابق المادة الثامنة من القانون المدنى التى تقضى بســريان مدة التقادم الجديدة من وقت العمل بالنص الجديد إذا كان قد قــرر مدة للتقادم أقصر مما قرره النص القديم ما لم يكــن البــاقى منهــا أقصر من المدة التى قررها النص الجديد ، وذلك دون الفقرة الثانية من المادة الأولى من قانون المرافعات السابق التى تقضــى بعــدم سريان القوانين المعدلة لمواعيد المرافعات متى كان الميعاد قد بــدأ قبل تاريخ العمل بها " .

(طعن رقم ١٣٦ لسنة ٣٥ ق جلسة ١٩٦٩/١٠/٢١)

(راجع أيضا المجلد الأول شرح المادة الثامنة) .

٢ـ المسئولية عن عمل الغير

مـــادة (١٧٣)

١- كل من يجب عليه قانونا أو اتفاقا رقابة شخص فى حاجة إلى الرقابة ، بسبب قصره أو بسبب حالته العقلية أو الجسـمية ، يكون ملزما بتعويض الضرر الذى يحدثه ذلك الشخص للغير بعمله غير المشروع . ويترتب هذا الالتزام ولو كان من وقع منه العمـل الضار غير مميز .

٢- ويعتبر القاصر فى حاجة إلى الرقابة إذا لم يبلـغ خمـس عشرة سنة ، أو بلغها وكان فى كنف القائم على تربيته . وتنتقـل الرقابة على القاصر إلى معلمه فـى المدرسـة أو المشـرف فـى الحرفة، مادام القاصر تحت إشراف المعلم أو المشرف . وتنتقـل الرقابة على الزوجة القاصر إلى زوجها أو إلى من يتولى الرقابـة على الزوج .

٣- ويستطيع المكلف بالرقابة أن يخلص مـن المسـئولية إذا أثبت أنه قام بواجب الرقابة ، أو أثبت أن الضرر كان لا بد واقعـا ولو قام بهذا الواجب بما ينبغى من العناية [١].

---

(١) كان يقابل هذا النص فى التقنين المدنى القديم المادة (١٥١ فقرة ٢/٢١٣) وتنص على أن : " وكذلك يلزم الإنسان بضرر الغير الناشئ عن إهمال من هم تحت رعايته أو عدم الدقة والانتباه منهم أو عدم ملاحظته إيـاهم" - وواضح أن المادة لم تحدد سنا للقاصر الخاضع للرقابـة ، ومـع ذلـك

الشــرح

شروط مسئولية المكلف بالرقابة :

يشترط لتحقق مسئولية المكلف بالرقابة توافر شرطين نعــرض لهما فيما يلى :

١٩ـ الشــرط الأول :

التزام شخص بالرقابـة على شـخص آخر :

لايكفى لتحقق المسئولية أن يتولى شخص رقابة شخص آخــر ، وإنما يجب لذلك أن يكون هناك التزام بالرقابة .

وهذا الالتزام إما أن يفرضه القانون وإما أن يفرضه الاتفاق .

فالقانون يفرض التزام الأب أو ولــى الــنفس بالرقابــة علــى الصغير .

والاتفاق ، يلزم مدير المدرسة الخاصة بالرقابة على تلاميــذه ، ويلزم مدير مصلحة الأمراض العقلية بالرقابة على مرضاه .

قضت محكمة النقض بالتحديد الوارد فى القانون المــدنى الجديــد ، إذ ذهبت إلى أن :

" لا يسأل الأب عن عمل ابنه متى كان وقت ارتكابــه الحــادث – قــد تجاوز الخامسة عشرة من عمره ، فإن الحفظ بالنسبة إلى الصغير مرتبط بالولاية على النفس وينتهى بانتهائها " .

(طعن رقم ١٩٠٩ لسنة ١٦ ق جلسة ١٩٤٧/٢/١٧)

ومناط هذا الالتزام - كما هو واضح من النص- حاجة الشخص الخاضع للرقابة إلى هذه الرقابة ، وذلك بسبب قصره أو بسبب حالته العقلية أو الجسمية . على أن أظهر هذه الحالات هي حالة القاصر ، كما سنرى .

ولم يحصر القانون الحالات التى تقوم فيها الرقابة ، وإنما أورد مبدأ عاما تتحدد فى ضوئه هذه الحالات ، وذلك حيث يكون هناك التزام قانونى أو اتفاقى يتولى هذه الرقابة .

ويتحقق ذلك بحسب الأصل بالنسبة إلى القاصر ، أما من بلغ سن الرشد فلا تقوم الرقابة عليه إلا إذا كانت حالته العقلية أو الجسمية تدعو إلى ذلك [1] كما سنرى .

---

(١) **وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :**
" يفضل نص المشروع ما ورد من النصوص فى التقنين المصرى الحالى من وجوه ثلاثة :
(١) فهو يحدد أولاً فكرة الرقابة تحديدا بينا . ويراعى أن نصوص التقنين الحالى ، وإن كانت تفضل من هذه الناحية نصوص التقنين الفرنسى ، من حيث تدارك ما اعتور أحكام هذا التقنين من نقص فى بيان من لهم حق الرقابة ، إلا أنها فى صياغة هذه الفكرة قد بالغت فى الإيجاز والاقتضاب . وقد عمد المشروع إلى تحليل الالتزام بالرقابة ، فبين علتهومصدره . فقد يحتاج الإنسان إلى الرقابة، إما بسبب قصره ، وإما بسبب حالته العقلية أو الجسمية ، ولهذا يشرف الأب أو من يقوم مقامه على ابنه القاصر ، ما بقى الإبن محتاجا إلى الرقابة ، ويقدر

٢٠ ـ الرقابة على القاصر :

أظهر حالات الرقابة هى حالة القاصر ، ولذلك عنى بها القانون، فخصت المادة ١٧٣ منه القاصر فقرتها الثانية .

فجعلت هذه الفقرة القاصر خاضعا للرقابة إذا لم يبلغ خمس عشر سنة .

وهذه السن تتمشى مع أقصى سن للبلوغ وللولاية على النفس بالتالى ، وذلك طبقا للرأى الراجح من المذهب الحنفى [١].

وفضلا عن ذلك فقد نصت الفقرة الأولى من المادة الثانية من القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠ بإصدار قانون تنظيم بعض أوضاع

القاضى تبعا للظروف ما إذا كانت حاجة القاصر إلى هذه الرقابة لاتزال قائمة . وكذلك يقوم مباشر العمل على رقابة صبيانه ، والمعلم على رقابة تلاميذه ، والرقيب أو الممرض على رقابة من نيطت به رقابتهم من المجانين أو الزمنى ، ما بقى هؤلاء الأشخاص جميعا فى حاجة إلى تلك الرقابة ، بسبب حالتهم العقلية أو الجسمانية . أما فيما يتعلق بمصدر الالتزام بالرقابة فهو فى الأصل نص القانون ، فأحكام قانون الأحوال الشخصية هى التى تلقى عبء الرقابة على الأب أو الأم أو الوصى على حسب الأحوال وقد يفرض الالتزام بالرقابة بمقتضى اتفاق خاص ، كما هو الشأن فى الحارس " .

(مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ص ٤٠٦ ومابعدها) .

(١) وإن كانت هذه السن- فى الشريعة الإسلامية – تحسب طبقا للتقويم الهجرى ، والتقويم الأخير يسبق التقويم الميلادى .

وإجراءات التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية على أن : " تثبت أهلية التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية للولاية على النفس لمن أتم خمس عشرة سنة ميلادية كاملة متمتعا بقواة العقلية " . ولارتباط أهلية المخاصمة بالبلوغ ، والولاية على النفس فإن المشرع يكون قد جعل أيضا الخامسة عشرة ميلادية هى سن الولاية على النفس .

وعلى ذلك فإن القاصر يكون فى حاجة دائما إلى الرقابة طالما لم يبلغ السن المذكورة [١].

والرقابة يكلف بها الأب فإذا لم يوجد فمن تثبت له الولاية على نفس القاصر ، وهو أقرب العصبات .

غير أنه يجوز انتقال الرقابة اتفاقا إلى الأم أو إلى غيرها [٢]. ولو كان الاتفاق ضمنيا .

كما أن الرقابة تكون للأم فى فترة حضانة الصغير . إذا كانت مطلقة ، أو تقيم بعيدا عن زوجها .

وإذا كانت الزوجة دون الخامسة عشرة من العمر ، فإن الرقابة

---

(١) الدكتور عبد المنعم البداروى مصادر الالتزام طبعة ١٩٨٦ ص ٥٣٩ – الدكتور أحمد حشمت أبو ستيت نظرية الالتزام فى القانون المدنى الكتاب الأول مصادر الالتزام الطبعة الثانية ١٩٥٤ ص ٤٧٣ ومابعدها .

(٢) السنهورى ص ٨٤٧ .

عليها تنتقل إلى زوجها إذا كان قد جاوز هذا العمر ، أما إذا كـان عمره أقل وخاضعا لرقابة والده أو وليه فإن أباه أو وليه يكون هـو متولى الرقابة وأصبح هو المكلف بالرقابة على زوجته حتى بلوغها السن المذكورة .

غير أن الرقابة لاتنتهى ببلوغ هذه السن إلا إذا استقل القاصـر فى معيشته وكسب عيشه بنفسه ، أما إذا ظل يعيش فى كنف أبيـه ظل التزام الرقابة عليه .

وقد يقيم القاصرمع والده بمسكن واحد ولكن فى معيشة مستقلة، وحينئذ يزول الالتزام بالرقابة ، وقد يستقل القاصر بمسكن خـاص ومع ذلك يظل خاضعا لرقابة أبيه . فبيان ما إذا كان القاصر يعيش عيشة مستقلة دون رقابة من والده ، مسألة واقع تفصل فيها محكمة الموضوع (١).

غير أن الالتزام بالرقابة ينقضى ببلوغ القاصر سن الرشـد أى واحد وعشرين سنة ميلادية ، ولو كان لايزال فى مرحلة التعليم، أو بقى يعيش فى كنف أبيه ، ولا يكون من ثم أحد مسئولا عنه (٢).

---

(١) الدكتور محمود جمال الدين زكى الوجيز فى نظرية الالتزام فى القانون المدنى المصرى الجزء الأول فى مصادر الالتـزام ١٩٦٨ ص ٢٩١- عبد الرحيم عامر وحسين عامر ص ٦١٥ .

(٢) أحمد حشمت أبو ستيت ص ٤٧٥ .

وقد قضت محكمة النقض ـ الدائرة الجنائية ـ بأن :

١- " إذا اقتصر الحكم فى بيان موجب التعويض المدنى على ما قاله من أن المتهم فى رعاية والده المسئول عن الحقوق المدنية وتحت إشرافه دون أن يبين العناصر التى استقى منها ذلك ، كما لم يبين عمر المتهم وهل تجاوز سن الولاية على النفس – فإن الحكم يكون معيبا بالقصور " .

(طعن رقم ١٢٦٤ لسنة ٣٠ ق جلسة ١٩٦٠/١١/٧)

٢- " مجال تطبيق المادة ١٧٣ من القانون المدنى أن يكون التابع فى حاجة إلى رقابة – لم يتجاوز سن الولاية على النفس . فإن ثبت أنه لم يبلغ تلك السن كان المتبوع مسئولا عن الإهمال فى رقابته وعن التعويض الناشئ عن هذا الإهمال ، أما إذا كان قد بلغ سن الرشد فإن واجب الرقابة عليه يزول وتنتفى تبعا لذلك مسئولية المتبوع . ولما كان الحكم المطعون فيه قد أغفل البحث فى توفر شروط قيام واجب الرقابة فى حق الطاعنة (المتبوعة) بأن لم يستظهر سن المتهم (التابع) وقت الحادث وهو بيان جوهرى يحول تخلفه دون مراقبة محكمة النقض لصحة تطبيق القانون فإنه يكون مشوبا بالقصور بما يستوجب نقضه ".

(طعن رقم ٨٧٥ لسنة ٣٣ ق جلسة ١٩٦٣/١٢/٢)

٢١ـ مسئولية الأب عند غيابه وقت وقوع الفعل غير المشروع :

إذا وقع العمل غير المشروع من القاصر فى غيبة الأب ، فإن الأب يكون مسئولا إذا كان العمل غير المشروع وقع تنفيذا لتعليماته ، أو إذا كان هذا العمل سبقه إهمال من الأب ساعد القاصر على ارتكابه ، كما لو سمح له أن يحمل سلاحا ناريا فأخطأ القاصر فى استعمال السلاح وأحدث بخطئه ضررا للغير ، أو سمح للقاصر أن يقود سيارة دون أن يكون القاصر ملما بأصول القيادة ومن غير أن يكون مرخصا له بها ، أو إذا أجاز للقاصر الذى لم يبلغ سبع سنين أن يحمل ثقابا مع ما فى استعمال الثقاب واللهو به من خطر .

أما إذا لم يكن الفعل الذى أباحه الأب للقاصر ذا خطر ظاهر ، كما لو أجاز له أن يركب دراجة ، أو أن يشترك مع زملائه فى لعبة رياضية فارتكب القاصر فعلا غير مشروع بدراجته أو أثناء لعبه مع زملائه ، فإن الحكم فى هذه الصورة يختلف باختلاف سن الولد وبيئته ومركزه وطبيعة العمل الذى أجيز له ولا يشفع للأب عند غيابه وقت الحادث أيضا إذا كان قد ترك ابنه خارج المنزل بغير رقيب وكان فى هذا الترك إهمال من جانبه ، إلا أنه يجب أن يرجع فى تحرى هذا الإهمال إلى حالة الأب وقدرته على التمكن من إنابة غيره فى مراقبة القاصر .

كما لا يشفع للأب غيابه وقت ارتكاب العمل غير المشـــروع ، إن دل فعل القاصر على أن الأب قد أساء تربيته وتغاضـــى عــن تقويم ما أعوج من سيره ، لأن تساهل الأب وتهاونه فـــى تأديـب القاصر وفى أخذه بالحزم ، قد يغرى القاصر بالتمادى فـــى الأذى والشر وعلى الأب أن يتحمل تبعة هذا التهاون الضار .

أما إذا لم يدل العمل غير المشروع الذى ارتكبه القاصر علـــى فساد فى تربية القاصر ولم يسبقه تهاون من الأب فـــى مراقبتــه ، ونشأ وليد الساعة الذى وقع فيها فلا وجه لمسئولية الأب عنها (١).

٢٢ـ انتقال الرقابة إلى المعلم بالمدرسة :

لما كان أساس المسئولية هو فى فرض رقابة على القاصـــر ، فإن تلك الرقابة تنتقل إلى معلم القاصر فى المدرسة ، مادام القاصر تحت إشراف المعلم .

وتعبير " المعلم فى المدرسة " الوارد بالفقرة الثانية من المـــادة ١٧٣ إنما يفسر بأوسع معانية ، فيشمل كل الحالات التى يعهد فيها بالقاصر إلى مدرسة أو معهد ، أو حتى ملجأ.أو أية دار ، يكون من مهامها تربية وتعليم الصغير ، سواء أكان ذلك مــن بـــاب العــون والمساعدة أو باتفاق ذويه أو بحكم قضائى (٢).

---

(١) مصطفى مرعى ص ١٦٩ ومابعدها .

(٢) حسين عامر وعبد الرحيم عامر ص ٦٢١ ومابعدها .

ويعتبر معلما هنا كل من نيط به تعليم التلاميذ ومراقبتهم أثناء وجودهم فى معهد التعليم ، كالمدرس وقت الدرس والمشرف المختص وقت الاستراحة أو وقت تناول الطعام ، ومدرس الألعاب الرياضية وقت ممارسة الألعاب الرياضية [١].

وتمتد الرقابة إلى التلاميذ فى الرحلات التى تنظمها المدرسة ، فيكون المشرف على الرحلة مكلفا بالرقابة على هؤلاءِ التلاميذ .

غير أن رقابة المعلم لا تمتد خارج المدرسة .

ومسئولية المدرس ، لا تقوم فى الأصل على أنه ملتزم بتحقيق غاية هى ألا يصاب أحد من التلاميذ إبان اليوم الدراسى ، إلا أنه يلتزم ببذل العناية الصادقة فى هذا السبيل ، ولما كان الواجب فى بذل العناية مناطه ما يقدمه المدرس أو مدير المدرسة اليقظ من أوسط زملائه علما ودراية فى الظروف المحيطة به أثناء ممارسته للعمل مع مراعاة تقاليد المهنة وأصولها الثابتة وبصرف النظر عن المسائل التى اختلف فيها أهل هذه المهنة لينفتح باب الاجتهاد فيها.

(أنظر نقض طعن رقم ٥٢٢ لسنة ٤٥ ق جلسة ١٩٨٣/١/١٣ المنشور ببند ٢٩) .

---

(١) مصطفى مرعى ص ١٧٣ .

ويذهب البعض إلى أن مسئولية المعلم ، تستتبع مسئولية المعهد الذى يعمل فى خدمته عملا بالمادة ١٧٤ مدنى التى تقضـــى بـــأن يكون المتبوع مسئولا عن الضرر الذى يحدثه تابعه بعملــه غيــر المشروع ، متى كان واقعا منه فى حال تأدية وظيفته أو بسببها [١].

وتذهب **محكمة النقض** إلى أن رئيس المدرسة هــو المســئول الأول عن رقابة القاصر حــال تواجــده بالمدرســة ، ولا يرفــع مسئوليته أن يعهد بالإشراف على التلاميذ إلى مشرف، كما لا يرفع ذلك مسئولية المدرس حال تواجد التلميذ بحجرة الدراسة .

(أنظر طعن رقم ٧٨ لســنة ٤٠ ق جلســة ١٩٧٥/٣/١١ - منشور ببند ٢٩)

غير أن مسئولية الأب قد تتحقق فى بعض الأحيان رغم وجــود القاصر بالمدرسة ، إذا كان خطأ الإبن مسبوقا بخطأ ارتكبــه الأب نتيجة سوء تربيته ، كما لو عود القاصر على اســتعمال الأســلحة النارية واشترى له مسدسا ، وسمح له بحمله داخل المدرسة . وفى هذه الصورة تقوم مسئولية الأب بجانب مسئوية رئيس المدرسة التى ترتبت على استعمال القاصر السلاح وإحداثه ضررا بالغير [٢].

---

(١) مصطفى مرعى ص ١٧٣ .

(٢) السنهورى ص ٨٤٧

٢٣ـ انتقال الرقابة إلى المشرف فى الحرفة :

تنتقل الرقابة من الأب إلى مشرف الحرفة فى الفترة التى يمكثها القاصر تحت إشرافه .

وعبارة " المشرف فى الحرفة " الواردة بالفقرة الثانية من المادة تنصرف إلى كل من يوكل إليه تعليم الصغير حرفة أو مهنة أو فنا من الفنون ، كالنجار والحداد والحائك وصاحب المطعم الذى يعلم الصبية الطهى ، والرسام .

ولايلزم أن يبرم عقد بتعليم الحرفة فذلك من الوقائع التى يصح إثباتها بكافة طرق الإثبات وتخضع فى هذا الصدد لتقدير محكمة الموضوع .

وتجب التفرقة بين القاصر الذى يتعلم حرفه ، وبين القاصر الذى يعمل لدى رب العمل ، أى يربطه به عقد عمل . ففى الصورة الأولى يقوم المشرف فى الحرفة بتعليم صبيه حرفة ويقترن هذا بواجب الرقابة عليه .

أما فى الصورة الثانية فإن القاصر يعمل فى خدمة رب العمل وتحت إدارته وإشرافه مقابل أجر يتعهد به صاحب العمل (م٦٧٤ مدنى) . والأمر فى هذا يتعلق بوقائع ، تقديرها متروك لقاضى الموضوع [١].

---

(١) حسين عامر وعبد الرحيم عامر ص ٦٢١ ومابعدها .

ورقابة مشرف الحرفة رقابة موقوتة بالفترة التى يكـون فيهـا القاصر عند مشرف الحرفة ، ومتى انتهت رقابة مشرف الحرفة ، عادت الرقابة إلى الأب أو ولى النفس .

٢٤ـ الرقابة بسبب الحالة العقلية أو الجسمية :

هذه حالة تقوم فيها الرقابة بسبب آخر غير القصـر بصـرف النظر عن السن التى بلغها الخاضع للرقابة . ذلك أن مناط الرقابـة حاجة الشخص الخاضع للرقابة إلى أن يكون فى رعايـة غيـره ، ومن ثم تقوم هذه الرقابة على البالغ سن الرشـد إذا كانـت حالتـه العقلية أو الجسمية تجعله فى حاجة إلى رعاية تحول دون صـدور خطأ منه يضر بالغير . فمن أصيب بجنون أو عته تقـوم الرقابـة عليه نظرا لحالته العقلية . ومن أصيب فى جسمه بمرض يدعو إلى الرقابة ، كالعمى والشلل والصرع ، تقوم عليه الرقابة نظرا لحالته الجسمية[١].

أما الرقابة التى لا تقوم بسبب القصر أو الحالة العقلية أو الحالة الجسمية ، كرقابة السجان على المسجونين ورقابة رئيس الحـزب السياسى على أعضاء حزبه [٢]، ورئيس النادى الرياضـى علـى أعضائه ، فلا تترتب عليها هذه المسئولية [٣].

---

(١) محمود جمال الدين زكى ص ٢٩٠ – السنهورى ص ٨٤٩ .
(٢) السنهورى ص ٨٤٤ .
(٣) مصطفى مرعى ص ١٧٥ .

٢٥ـ الشرط الثانى :
صدور عمل غير مشروع ممن يخضع للرقابة :

حتى تتحقق مسئولية المكلف بالرقابة يجب أن يصدر من جانب الخاضع للرقابة عمل غير مشروع ، وأن يترتب على هذا العمل ضرر يصيب الغير .

أما إذا كان العمل غير المشروع قد صدر عن الغير فألحق ضررا بالشخص الخاضع للرقابة ، كأن يعتدى أجنبى على تلميذ فى المدرسة ، أو كان هذا العمل قد صدر من الخاضع للرقابة فألحق ضررا بنفسه هو ، كأن يعبث تلميذ فى المدرسة بآلة حادة فيلحق الأذى بنفسه ، فلا تتحقق مسئولية المكلف بالرقابة على أساس قرينة الخطأ التى أقامها الشارع فى المادة ١٧٣ مدنى [١].

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" المستفاد من نص المادة ١٧٣ من القانون المدنى أن مسئولية متولى الرقابة مقصورة على ما يحدثه الصغير بالغير ولا تتناول ما يحدثه بنفسه أو يقع عليه من الغير " .

(طعنان رقما ٥٣٣ لسنة ٦٨ ق ، ١٥٧ لسنة ٦٩ ق جلسة ١٩٩٩/٦/١٥)

---

(١) عبد المنعم الصده ص ٥٤١ – أحمد حشمت أبو ستيت ص ٤٧٦ .

٢٦- تحقق المسئولية ولو كان الخاضع للرقابة غير مميز :

إذا كان الشخص الخاضع للرقابة غير مميز كأن كان مجنونا أو صغيرا دون السابعة من العمر ، فإنه يصح مع ذلك نسبة الفعل غير المشروع إليه ، رغم كونه غير مميز ، وذلك لأن المقصود ليست مساءلته هو وإنما مساءلة المكلف بالرقابة إذ فى هذه الحالة يستوى أن يكون الشخص الخاضع للرقابة مميزا أو غير مميز ، وإلا لما أمكن مساءلة المكلف بالرقابة فى كثير من الحالات . وفى هذا تقول الفقرة الأولى من المادة ١٧٣ أنه : "**ويترتب هذا الالتزام ولو كان من وقع منه العمل الضار غير مميز** " . ومادام أن انعدام التمييز عند الشخص الخاضع للرقابة لايحول دون مسئولية المكلف بالرقابة ، فإن العمل غير المشروع الذى يصدر من غير المميز يكتفى فيه بعنصر التعدى فى الخطأ دون عنصر الإدراك ، فهو عمل يطلب فيه العنصر المادى فى الخطأ دون العنصر المعنوى . إنما تصبح مسئولية المكلف بالرقابة فى هذه الحالة مسئولية أصلية لاتبعية وأساسها خطأ مفترض من جانب المسئول [1].

---

(١) المستشار عز الدين الدناصورى والدكتور عبد الحميد الشواربى المسئولية المدنية فى ضوء الفقه والقضاء ١٩٨٨ ص ٢٦٢- عبد المنعم الصده ص ٥٤١ ومابعدها – وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه : "وينص *المشروع على أن مسئولية الشخص عما يقع ممن نيطت به رقابتهم تظل*

٢٧ـ قيام مسئوليتين إذا كان الخاضع للرقابة مميزا :

إذا كان الخاضع للرقابة مميزا (لاتقل سنة عن سبع سنوات وليس مجنونا أو معتوها) فإنه يكون مسئولا عن فعله مسئولية شخصية ، **وفى هذه الحالة تقوم المسئوليتان** ، مسئوليته ومسئولية متولى الرقابة معا ، لمصلحة الغير المضرور ، الذى يحق له أن يرجع على كل منهما بالتعويض ، ولكنه يستحق تعويضا واحدا ومسئولية متولى الرقابة فى هذه الحالة مسئولية تبعية فإذا رجع المضرور على متولى الرقابة جاز للأخير أن يرجع على مرتكب الخطأ بكل ما دفعه (١).

= قائمة ، ولو كان محدث الضرر غير مميز ، وهو بذلك يقر الحكم المتبع فى ظل التقنين الحالى بيد أنه رؤى من الأنسب أن ينص صراحة على هذا الحكم ، إذ قد يكون فى عدم تمييز الفاعل الأصلى ، وارتفاع مسئوليته تفريعا على ذلك ، مدخل للشك عند التطبيق ، باعتبار أن المسئولية التبعية لاتقوم إلا مستندة إلى مسئولية أصلية . ولكن الواقع أن مسئولية المكلف بالرقابة ، فى هذه الحالة ، ليست من قبيل المسئوليات التبعية ، بل هى مسئولية أصلية أساسها خطأ مفترض ، وهى بهذه المثابة ، مسئولية شخصية أو ذاتية ، أما غير المميز فهو الذى قد تقع على عاتقه مسئولية مادية أو موضوعية يتحقق فيها معنى التبعية، عند تعذر رجوع المصاب بالتعويض على المكلف بالرقابة ، وهو المسئول بطريق الإصالة مسئولية ذاتية أو شخصية " .

(مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٢ ص ٤٠٧) .

(١) *الدناصورى والشواربى* ص ٢٦٢ .

وإذا كان الخاضع للرقابة غير مميز، فإنه لا يكون فى الأصل، مسئولا، ولا يكون لمتولى الرقابة الذى التزم بالتعويض عن فعله أن يرجع عليه، ولكن القانون، يجيز مع ذلك للقاضى أن يلزم غير المميز الذى يوقع بفعله ضررا للغير، إذا لم يكن هناك من هو مسئول عنه، أو تعذر الحصول على التعويض من المسئول بتعويض عادل مراعيا فى ذلك مركز الخصوم، وهى مسئولية جوازية (م١٦٤/٢ مدنى).

(راجع فى التفصيل شرح المادة ١٦٤).

٢٨- أساس مسئولية متولى الرقابة :

تقوم هذه المسئولية على اساس خطأ مفترض، هو الإخلال بالالتزام بالرقابة الذى أوجبه القانون أو الاتفاق. فإذا ارتكب الخاضع للرقابة عملا غير مشروع، افترض أن متولى الرقابة قد قصر فى رقابته. فإذا أقام المضرور الدليل على خطأ من وقع منه الفعل الضار ترتبت مسئوليته وفقا لأحكام القواعد العامة. أما من نيطت به الرقابة عليه فيفترض خطؤه باعتبار أنه قصر فى أداء واجب الرقابة[1].

---

(١) الأستاذ مصطفى مرعى المسئولية المدنية فى القانون المصرى الطبعة الأولى ١٣٥٥- ١٩٣٦ ص ١٦٥ ومابعدها - محمود جمال الدين زكى ص ٢٩١ ومابعدها .

وإذا كان المكلف بالرقابة هو الأب أو ولئ النفس فإنه يضـاف إلى أساس المسئولية المفترضة افتراض إساءة تربية القاصر وعدم اصلاح ما أعوج من سيره وأخذه بالحزم وإساءة تأديبه . لأن ذلـك قد يعزى القاصر بالتمادى فى الأذى والشر وعلى الأب أو الولى أن يتحمل تبعة هذا التهاون الضار .

٢٩- رفع مسئولية متولى الرقابة :

تنص الفقرة الثالثة من المادة ١٧٣ على أن :

" ويستطيع المكلف بالرقابة أن يخلص من المسئولية إذا أثبت أنه قام بواجب الرقابة ، أو أثبت أن الضرر كان لابد واقعا ، ولـو قام بهذا الواجب بما ينبغى من العناية " .

فمسئولية متولى الرقابة تقوم على خطأ مفترض ، أو على قرينة الخطأ ، وافتراض الخطأ يستتبع لزوما افتراض علاقة سببية بـين الخطأ المفروض والضرر الواقع ، وإلا كانت قرينة الخطأ ضـربا من العبث [1].

---

(١) لأن المضرور إذا أعفى من إثبات الخطأ فى جانب متولى الرقابة ، ثـم طولب بإثبات علاقة السببية ما بين هذا الخطأ والعمل غيـر المشـروع الذى وقع ممن قامت عليه الرقابة ، لاضطر وهو فى صدد إثبات علاقة السببية أن يثبت الخطأ أيضا ، إذ تقضى طبيعة الأشياء أن مـن يثبـت العلاقة ما بين أمرين يثبت فى الوقت ذاته الأمرين اللذين تقوم العلاقـة

غير أن الخطأ المفترض فى جانب المكلف بالرقابة قابل لإثبات العكس ، ويستطيع المكلف بالرقابة أن يخلص مـن المسـئولية إذا أثبت أنه قام بواجبه فى الرقابة وأنه اتخذ الاحتياطات المعقولة فـي سبيل تجنيب الغير مثل العمل الذى وقع ، وأنه متى كان أبا أو وليا للنفس قد أحسن تربية وتأديب القاصر الخاضع لرقابته.

كما يجوز له أن ينفى علاقة السببية بأن يثبت أن خطأه لم يكـن سببا فى وقوع العمل المشروع بأن يقيم الدليل على أن الضرر كان لابد واقعا ولو قام بواجب الرقابة بما ينبغى من العناية ، كأن يكون الحادث سبب الضرر وقع مفاجئا بحيث لم يكن من الممكن توقعـه ولا من المستطاع تلافيه كأن يتشاجر تلميذان بعد انصرافهما مـن المدرسة ويضرب أحدهما الآخر ، وفى اليوم التالى يفاجئ التلميـذ المضروب ضاربه بالاعتداد عليه بغته أثناء وجوده بفناء المدرسة .

ومثال ذلك أيضا أن ينتهز تلميذ فرصة انشغال مدرسه بالكتابـة على السبورة ويعتدى فجأة على زميل له ، فإن المدرس لا يسـأل عن فعل التلميذ [١].

بينهما ، فيكون قد بدأنا بإعفاء المضرور من إثبات الخطأ ، ثم طالبنـاه بعد ذلك بإثباته ، فسلبناه باليسار ما أعطيناه باليمين (السـنهورى ص ٨٥٤ – عبد المنعم الصده ص ٥٤٢) .

(١) مصطفى مرعى ص ١٨٠.

ومن هذا القبيل أيضا أن يتمازح تلميذان أثناء فترة الراحة بين الدروس فتصدر من أحدهما كلمة تثير غضب الآخر ، فينقض الأخير على الأول ويعتدى عليه بالضرب [١].

وإذا اعتبرت المحكمة الحادث الذى وقع بسببه الضرر مفاجئا فإن ما تقرره فى هذا الشأن يكون مسألة موضوعية لا رقابة عليها فيها من محكمة النقض مادام أن ما تقرره قد بنى على أسباب سائغة تكفى لحله .

كما يجوز للمكلف بالرقابة أن يثبت أن وقوع الخطأ الذى أدى إلى الضرر ، كان بسبب أجنبى كقوة قاهرة أو حادث مفاجئ أو خطأ الغير ، إذ بذلك تنقطع الصلة بين التقصير المفترض فى جانبه وبين الضرر الذى أصاب المضرور .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" (ج) وأخيرا يقرر المشروع صراحة أن مسئولية الشخص عمن هم تحت رقابته أساسها قرينة قوامها افتراض الخطأ تسقط بإثبات العكس . فيفرض ابتداء أن الفعل الضار نشأ عن تقصير فى الرقابة ، إلى أن يقوم الدليل على خلاف ذلك . ومما هو جدير بالذكر فى هذا الصدد ، أن نصوص التقنين المصرى الراهن قد

---

(١) المستشار عز الدين الدناصورى والدكتور عبد الحميد الشواربى ص ٢٦٣ ومابعدها .

انحرفت عن جادة الصواب ، فالمادة ١٥١ فقرة ٢١٣/٢ تخلط بين ما ينسب إلى من يقع تحت الرقابة من إهمال أو رعونة من ناحية ، وبين ما يفترض من تقصير فى الرقابة ينسب إلى من كلف بها من ناحية أخرى . فإذا أقيم الدليل على خطأ من وقع منه الفعل الضـــار ترتبت مسئولية وفقا لأحكام القواعد العامة .

أما من نيطت به الرقابة عليه فيفترض خطؤه باعتبار أنه قصر فى أداء واجب الرقابة . ولكن يجوز له ، رغم ذلك ، أن ينقض هذه القرينة بإحدى وسيلتين . فإما أن يقيم الدليل على انتفاء الخطأ مــن ناحيته ، بأن يثبت أنه قام بقضاء ما يوجبه عليه التزام الرقابة وأن خطأ من أحدث الضرر يرجع إلى سبب غير معلوم ، لا ينبغـــى أن يتحمل تبعته ، وفى هذا الوضع تكون قرينة افتراض الخطأ قرينـــة غيرقاطعة تنقض بإثبات العكس. وإما أن يترك قرينة الخطأ قائمة ، وينفى علاقة السببية بأن يقيم الدليل على أن الضرر كان لابد واقعا، حتى لو قام بواجب الرقابة بما ينبغى له من حرص وعناية . وفـــى كلتا الحالتين ترتفع عنه المسئولية ، إما بسبب انتفاء الخطأ ، وإمـــا بسبب انتفاء علاقة السببية ، وبديهى أن الفاعل الأصلى ، وهو من وقع منه الفعل الضار ، تظل مسئوليته قائمة وفقا لأحكام القواعـــد العامة " [١].

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جــ٢ ص ٤٠٧ ومابعدها .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " إذا قدرت محكمة الموضوع ظروف الحادث الذى وقع من تلميذ داخل المدرسة وقررت أن لا مسئولية على ناظر المدرسة فيه لأنه وقع مفاجأة فإنها بذلك تكون قد فصلت فى نقطة موضوعية لا رقابة لمحكمة النقض عليها لأن من المتفق عليه أن القول بوجود المفاجأة أو بعدم وجودها أمر متعلق بالموضوع مما لا يدخل تحت رقابة محكمة النقض ، أما الزعم بأن المفاجأة لا يمكن اعتبارها فى القانون المصرى سببا معفيا من المسئولية المدنية مادام لم ينص عليها فيه . فذلك لا يعبأ به إذ الأمر ليس بحاجة إلى نص خاص بل يكفى فيه تطبيق مبادئ القانون العامة التى منها وجوب قيام علاقة السببية بين الخطأ والحادث الذى أنتج الضرر وبغير ذلك لايمكن الحكم بالتعويض على مرتكب الخطأ وقول المحكمة بحصول الحادث مفاجأة معناه أن هذا الفعل كان يقع ولو كانت الرقابة شديدة إذ ما كان يمكن تلافيه بحال . ومفهوم هذا القول بداهة أن نقص الرقابة لم يكن هو السبب الذى أنتج الحادث بل كان وقوعه محتملا ولو مع الرقابة الشديدة ".

(طعن رقم ١٣٨٦ لسنة ٤ ق جلسة ١٩٣٤/١١/١٩)

٢- " تنص الفقرة الثالثة من المادة ١٧٣ من القانون المدنى على أن "المكلف بالرقابة يستطيع أن يخلص من المسئولية إذا أثبت

أنه قام بواجب الرقابة أو أثبت أن الضرر كان لابد واقعا لو قام بهذا الواجب بما ينبغي من العناية " . فإذا كان يبين مما أورده الحكم فى بيانه لواقعة الدعوى أن الحادث الذى وقع كان مفاجئا أثناء عبث المجنى عليه هو والمتهم وهما صديقان وقد بلغ المتهم ثمانية عشر عاما ، فلم يكن حدوثه راجعا إلى نقص فى الرقابة من جانب الطاعن على ابنه المتهم ، ومع ذلك قضى الحكم بمساءلة الطاعن مدنيا على أساس الخطأ المفترض وأن المتهم مادام قاصرا فإن رقابة والده يجب أن تستمر بصورة تمنعه من إيقاع الضرر بغيره وإلا التزم بتعويض هذا الضرر - فإنه يكون مخطئا فى تطبيق القانون" .

(طعن رقم ٤٧٠ لسنة ٢٣ ق جلسة ١٩٥٤/٧/٦)

٣- " وحيث إن هذا النعى مردود بأن الحكم المطعون فيه أورد فى خصوص ما تثيره الطاعنتان فى سبيل الطعن ما يأتى " وحيث إن هذا الدفاع مردود بأن رقابة التلاميذ واجبة على المدرسة فى كل وقت حتى فى فترة تغيير الحصص وعلى الأخص فى حالة هؤلاء الصغار الذين هم فى حاجة دائمة إلى الملاحظة ويمكن تحقيقها باتخاذ ما تراه إدارة المدرسة كفيلا بالمحافظة على النظام فكلما دلت الظروف على أن الصغير الذى أخطأ كان محاطا برقابة يقظة لم يتخللها إهمال انتفت المسئولية . وحيث إن إدارة المدرسة فى

الدعوى الحالية لم تتخذ شيئا من الاحتياطات.فجاءت رقابتها ناقصة فوقعت الحادثة بسبب ذلك فتكون مسئولة عن نتائجهــا لأن منــاط المسئولية هو وجود التزام بالرقابة مصدره نــص القــانون وأمــا الاحتماء بظرف المفاجأة بمقولة إنه لم يكن فى وسع إدارة المدرسة تلافى وقوع الحادث ومن ثم فهى غير مسئولة عنه فمــردود بــأن مسئولية المربى ترفع حقيقة إذا حصل الحادث فجأة إنما يشترط فى ذلك أن تكون عدم استطاعة تلافيه غير ناتجة عن خطأ أو إهمــال وبما أنه ثابت بالتحقيقات السالف ذكرها أن الحادث حصل فى فترة الاستراحة وقد سبقته مشادة بين المعتدى والمجنى عليه اســتغرقت بعض الوقت ولم يكن فى الفصل رقيب ولو وجد ذلك الرقيب لمــا وقع الحادث وعدم وجوده يعد نقصا فى المراقبــة يترتــب عليــه المسئولية ... " وهذا الذى أورده الحكم مطابق للقــانون ولايعيبــه فساد فى الاستدلال ذلك أن مسئولية المكلف بالرقابة لا تنقضــى إلا إذا أثبت أنه قام بواجب الرقابة أو أثبت أن الضرر كان لابد واقعــا ولو قام بهذا الواجب وقد نفــت **المحكمــة فــى حــدود ســلطتها الموضوعية كلا الأمرين بأسباب سائغة تؤدى إلى النتيجــة التــى** انتهت إليها . أما ما تدعيه الطاعنتان من أن ما ورد فى تحقيقــات النيابة يخالف ما استخلصه الحكم منها فإنه لما كانت الطاعنتان لــم تقدما لهذه المحكمة صورة من هذه التحقيقات لإثبات نعيهما فى هذا الخصوص فإن هذا النعى يكون عاريا عن الدليل ".

(طعن رقم ٢٢٢ لسنة ٢٨ ق جلسة ١٩٦٣/٦/٢٠)

٤- " مسئولية المكلف بالرقابة عن الأعمال غير المشروعة التي تقع ممن هم في رقابته - وهي مسئولية مبنية على خطأ مفترض افتراضا قابلا لإثبات العكس - لا ترتفع في حالة وقوع الحادث الذي سبب الضرر للغير مفاجأة إلا إذا كان من شأن هذه المفاجأة نفي علاقة السببية المفترضة بين الخطأ المفترض في جانب المكلف بالرقابة وبين الضرر الذي أصاب المضرور ، وهذا لايتحقق إلا إذا ثبت لمحكمة الموضوع أن المفاجأة في وقوع الفعل الضار بلغت حدا ما كانت تجدي معه المراقبة في منع وقوعه وأن الضرر كان لابد واقعا حتى ولو قام متولي الرقابة بواجب الرقابة بما ينبغي له من حرص وعناية . فإذا كانت محكمة الموضوع رأت في حدود سلطتها التقديرية أن الفعل الضار ما كان ليقع لو أن المكلف بالرقابة (الطاعن) قام بواجب الرقابة المفروض عليه فإنها بذلك تكون قد نفت ما تمسك به الطاعن من أن ظرف المفاجأة الذي لابس الفعل ، كان من شأنه أن يجعل وقوعه مؤكدا ولو كان هو قد قام بواجب الرقابة ومادام الحكم المطعون فيه قد انتهى بأسباب سائغة إلى أن المفاجأة - المدعاة- لم يكن من شأنها نفي علاقة السببية المفترضة بين الخطأ المفترض في جانب المكلف بالرقابة وبين الضرر فإنه إذ لم يعتبر دفاع الطاعن بحصول الفعل الضار مفاجأة سببا لإعفائه من المسئولية المقررة في المادة ١٧٣ من القانون المدني لا يكون مخطئا في القانون ".

(طعن رقم ١١ لسنة ٣٣ ق جلسة ١٩٦٧/١/١٩)

٥- (أ)- " إذا أقام الحكم المطعون فيه قضاءه بمسئولية الأب عن خطأ ابنه الذى كان بلغ تسع سنوات وقت الحادث على أساس أن الخطأ وقع فى حضوره وأنه أهمل فى رقابة ابنه إذ شاهده فى الطريق قبل وقوع الحادث يلهو بلعبة " النبلة " – وهى أداة الفعل الذى سبب الضرر – دون أن يتخذ الحيطة لمنعه من ممارسة هذه اللعبة بل تركه يلهو بها مع ما فى استعمالها من خطر وقد تحقق فعلا فأصيب المطعون ضده فى إحدى عينية ، وكانت الظروف التى وقع فيها الحادث على هذا النحو تؤدى إلى ما انتهى إليه الحكم من وصف اللعبة بأنها خطرة مادام من شأنها – فى مثل هذه الظروف – حدوث الخطر من مزاولتها ، فإن الحكم لايكون قد أخطأ فى تطبيق القانون ".

(طعن رقم ٤٢٦ لسنة ٣٥ ق جلسة ١٩٦٩/١٢/٢٣)

٦- " القائم على تربية القاصر وإن كان ملزما بتعويض الضرر الذى يحدثه ذلك القاصر للغير بعمله غير المشروع ، وأن هذه المسئولية تقوم على خطأ مفترض لمصلحة المضرور هو الإخلال بواجب الرقابة، إلا أن هذه الرقابة تنتقل إلى من يشرف على تعليمه أثناء وجوده فى المدرسة ، فلا يستطيع المكلف بالرقابة أن يدرأ مسئوليته إلا إذا أثبت أنه قام بواجب الرقابة أو أن الضرر وقع بسبب أجنبى أو خطأ من المضرور أو خطأ ثابت فى جانب الغير".

(طعن رقم ٤٢٤ لسنة ٣٦ ق جلسة ١٩٧٢/٦/٨)

٧- (أ)- " رئيس المدرسة بوصفه رقيبها الأول يلزم بتعويض الضرر الذى يحدثه القاصر للغير بعمله غير المشروع أثناء وجوده بالمدرسة ، وتقوم هذه المسئولية على خطأ مفترض لمصلحة المضرور هو الإخلال بواجب الرقابة ، ولا يستطيع رئيس المدرسة، وهو مكلف بالرقابة أن يدرأ مسئوليته إلا إذا أثبت أنه قام بواجب الرقابة أو أثبت أن الضرر كان لابد واقعا حتى ولو قام بهذا الواجب بما ينبغى له من حرص وعناية ، ولما كانت مسئولية رئيس المدرسة لا ترتفع بمجرد اختيار مشرفين من المعلمين لملاحظة التلاميذ أثناء وجودهم بالمدرسة بل تقوم- على ما سلف البيان - إلى جانب مسئولية هؤلاء المشرفين بناء على خطأ مفترض فى واجب الرقابة بوصفه قائما بإدارة المدرسة وإذ كان الحكم المطعون فيه قد التزم هذا النظر ، فإن النعى عليه يكون على غير أساس " .

(ب) " متى كانت محكمة الاستئناف قد رأت فى حدود سلطتها التقديرية أن الحادث- إصابة الطالب المجنى عليه - بالصورة التى وقع بها ما كان ليقع لو أن الطاعن ، ناظر المدرسة ، والمطعون عليه الثانى ، الذى عين مشرفا ، قاما بواجب الرقابة المفروض عليهما وانتهت بأسباب سائغة إلى أن المفاجأة فى وقوع الحادث التى قال بها الطاعن لم تتحقق وبالتالى لم تنتف علاقة السببية

المفترضة بين الخطأ المفترض في جانبه وبين الضرر الذى أصاب المطعون عليه الأول - والد المجنى عليه - لما كان ذلك ، فإن النعى على الحكم يكون فى حقيقته جدلا فى تقدير الدليل حول قيام المدرسة بواجب الرقابة والمفاجأة فى وقوع الحادث ، وهو ما تستقل به محكمة الموضوع ولا تجوز إثارته أمام محكمة النقض " .

(طعن رقم ٧٨ لسنة ٤٠ ق جلسة ١٩٧٥/٣/١١)

٨- (أ)- " مسئولية رئيس المدرسة بالرقابة لا ترتفع بمجرد اختيار مشرفين من المعلمين لملاحظة التلاميذ أثناء وجودهم بالمدرسة بل تقوم بوصفه رقيبها الأول ، يلزم بتعويض الضرر الذى يحدثه القاصر للغير بعمله غير المشروع أثناء وجوده بالمدرسة-إلى جانب مسئولية هؤلاء المشرفين - بناء على خطأ مفترض فى واجب الرقابة بوصفه قائما بإدارة المدرسة . إذ كان ذلك ، فإن الحكم المطعون فيه يكون قد أصاب صحيح حكم القانون متى ثبت أن الفعل الضار وقع من أحد المتولى رقابتهم خارج الفصل وفى فناء المدرسة وقبل انتهاء اليوم الدراسى ".

(ب)- " مسئولية المكلف بالرقابة عن الأعمال الغير مشروعة التى تقع ممن هم فى رقابته - وهى مسئولية مبنية على خطأ مفترض هو الإخلال بواجب الرقابة وهو خطأ يقبل إثبات العكس- لا ترتفع فى حالة وقوع الحادث الذى سبب الضرر للغير فجأة إلا

إذا كان من شأن هذه المفاجأة نفى علاقة السببية المفترضة بين الخطأ المفترض فى جانب المكلف بالرقابة وبين الضرر الذى أصاب المضرور وهذا لايتحقق إلا إذا أثبت لمحكمة الموضوع أن المفاجأة فى وقوع الفعل الضار بلغت حدا ما كانت تجدى معه الرقابة فى منع وقوعه وأن الضرر كان لابد واقعا حتى ولو قام متولى الرقابة بما ينبغى له من حرص وعناية ".

(طعن رقم ٦٢٣ لسنة ٤٩ ق جلسة ١٩٨٠/٦/١٠)

٩- " مسئولية مدير المدرسة أو المدرس وإن كانت لا تقوم فى الأصل على أنه ملتزم بتحقيق غاية هى ألا يصاب أحد من الطلبة إبان اليوم الدارسى ، إلا أنه يلتزم ببذل العناية الصادقة فى هذا السبيل ، ولما كان الواجب فى بذل العناية مناطه ما يقدمه المدرس أو مدير المدرسة اليقظ من أوسط زملائه علما ودراية فى الظروف المحيطة به أثناء ممارسته للعمل مع مراعاة تقاليد المهنة وأصولها الثابتة – وبصرف النظر عن المسائل التى اختلف فيها أهل هذه المهنة لينفتح باب الاجتهاد فيها ، وكان انحراف مدير المدرسة أو المدرس عن أداء واجبه وإخلاله بالتزامه المحدد على النحو المتقدم يعد خطأ يستوجب مساءلته عن الضرر الذى يلحق أحد الطلبة مادام هذا الخطأ قد تداخل بما يؤدى ارتباطه بالضرر ارتباط السبب بالمسبب . لما كان ذلك وكان البين من الحكم الابتدائى الذى أيده

الحكم المطعون فيه وأحال إلى أسبابه أنه أخذ الطاعن الرابع والمطعون ضده الثانى – من الواقع الذى حصله بإهمالهما فى تثبيت عارضة الهدف وفى الرقابة الواجبة على الطلبة – لما كان ما تقدم فإن الحكم فى وصفه عدم تثبيت عارضة الهدف والسماح للطلبة بالاقتراب منها بأنه خطأ من الطاعن الرابع والمطعون ضده الثانى يكون قد التزم صحيح القانون " .

(طعن رقم ٥٢٢ لسنة ٤٥ ق جلسة ١٩٨٣/١/١٣)

١٠- " لما كان البين من الأوراق أن الطاعنة تمسكت أمام محكمة الموضوع بأنها لم تكن موجودة بالمدرسة وقت وقوع الحادث وأن الإهمال الذى نسب إليها هو مجرد التأخر عن مواعيد العمل والذى لا شأن له بوقوعه ، وهو دفاع من شأنه لو صح أن يغير وجه الرأى فى الدعوى إلا أن الحكم المطعون فيه لم يرد على هذا الدفاع بما يواجهه وأقام قضاءه على ثبوت خطأ الطاعنة لعدم قيامها بالتأكد من تثبيت العارضة وإهمالها فى واجب الرقابة المقرر عليها بالمادة ١٧٣ من القانون المدنى دون بيان وجه إلزام الطاعنة بالتيقن من تثبيت العارضة والمصدر الذى استقى منه قضاءه فى هذا الخصوص .... بما يعيبه بالخطأ فى تطبيق القانون والقصور فى التسبيب والفساد فى الاستدلال " .

(طعنان رقما ٥٣٣ لسنة ٦٨ ق ، ١٥٧ لسنة ٦٩ ق جلسة ١٩٩٩/٦/١٥)

كما قضت محكمة النقض – الدائرة الجنائية – بأن :

١- " مقتضى نص المادة ١٧٣ مدنى يجعل الوالد مسئولا عن رقابة ولده ويقيم من ذلك مسئولية مفترضة فى حق من وجبت عليه الرقابة تبقى إلى أن يبلغ الولد سن الرشد ما لم تقم به حاجة تدعو إلى استمرار الرقابة عليه ، أو على أن ينفصل فى معيشة مستقلة وهى بالنسبة للوالد تقوم على قرينة الإخلال بواجب الرقابة وعلى افتراض أنه أساء تربية ولده أو على الأمرين معا ، على أن هذه المسئولية المفترضة يمكن إثبات عكسها وعبء ذلك يقع على كاهل المسئول الذى يجب لكى يتخلص من مسئوليته طبقا للفقرة الثالثة من المادة ١٧٣ من القانون المدنى أن يثبت أنه قام بواجب الرقابة أو أن يثبت أن الضرر كان لابد واقعا ولو قام بهذا الواجب بما ينبغى من العناية " .

(طعن رقم ٤٠٤ لسنة ٢٦ ق جلسة ١٩٥٦/٥/١٤)

٢- (أ) – مقتضى نص المادة ١٧٣ من القانون المدنى يجعل الوالد مسئولا عن رقابة ولده الذى لم يبلغ خمسة عشر سنة أو بلغها وكان فى كنفه ، ويقيم من ذلك مسئولية مفترضة تبقى إلى أن يبلغ الولد سن الرشد . وهذه المسئولية بالنسبة إلى الوالد تستند إلى قرينة الإخلال بواجب الرقابة أو إلى افتراض أنه أساء تربية ولده أو إلى الأمرين معا ، وهى لا تسقط إلا بإثبات العكس وعبء ذلك يقع

على كاهل المسئول الذى له أن ينقض هذه القرينة بأن يثبت أنه قام بواجب الرقابة أو أن يثبت أن الضرر كان لابد واقعا ولو قام بهذا الواجب بما ينبغى من العناية . وإذا كان المسئول هو الوالد فقد كان عليه أن يثبت أيضا أنه لم يسئ تربية ولده . ولما كان يبين من محضر جلسة المحاكمة أن الطاعن لم يجادل فى أساس مسئوليته وفوض الرأى إلى المحكمة فى تقدير مداها ، فلا يقبل منه إثارة شئ من ذلك لأول مرة أمام محكمة النقض " .

(ب)- " إذا كان مما أثاره الدفاع عن الطاعن من أن الصورة التى قارف بها جريمته إنما كانت نتيجة حالة نفسية تجعله غير مسئول عن عمله ، وطلب إحالته إلى معهد نفسانى لفحصه ، وكان مؤدى هذا الدفاع أن النفس شئ آخر متميز تماما عن العقل وأن أمراضا قد تصيبها فتكون أمراضا نفسية مختلفة عن الأمراض العقلية – وكان الحكم المطعون فيه- بعد أن ناقش حالة المتهم العقلية ونفى إصابته بأى مرض عقلى- قد رد على هذا الدفاع بأن التشريع الجنائى المصرى لا يعرف هذه التفرقة ولم ينص عليها وكل ما فى الأمر أن قانون العقوبات قد نص فى المادة ٦٢ منه على أنه لا عقاب على من يكون فاقد الشعور أو الاختيار فى عمله وقت ارتكاب الفعل إما لجنون أو عاهة فى العقل ، وبالتالى فإن هاتين الحالتين اللتين أشارت إليهما هذه المادة دون غيرهما ورتبت

عليهما الإعفاء من العقاب هما اللتان تجعلان الجانى وقت ارتكــاب الجريمة فاقدا للشعور والاختيار فى عمله ، وكان تقدير حالة المتهم العقلية التى يترتب عليها الإعفاء من المسئولية الجنائية أمر يتعلــق بوقائع الدعوى يفصل فيه قاضى الموضوع بما لا معقب عليه طالما أنه يقيمه على أسباب سائغة - كما هو الحال فى واقعة الــدعوى- فإن النعى على الحكم بالإخلال بحق الدفاع والقصور فى التســبيب يكون فى غير محله " .

(طعن رقم ٩٠١ لسنة ٣٢ ق جلسة ١٩٦٢/١٠/١٦)

مـــادة (١٧٤)

١- يكون المتبوع مسئولا عن الضرر الذى يحدثه تابعه بعمله غير المشروع ، متى كان واقعا منه فى حـــال تأديـــة وظيفتـــه أو بسببها.

٢- وتقوم رابطة التبعية ، ولو لم يكن المتبوع حرا فى اختيار تابعه، متى كانت له عليه سلطة فعلية فى رقابته وفى توجيهه [١].

---

(١) كان يقابل المادة فى القانون القديم (المادة ١٥٢/٢١٤) وكانـــت تـــنص على أن :

" يلزم السيد أيضا بتعويض الضرر الناشئ عن أفعال خدمته متى كـــان واقعا منهم فى حالة تأدية وظائفهم ".

وقد أوضحت مذكرة المشروع التمهيدى الفرق بين هذه المـــادة وبـــين المادة (١٧٤) من التقنين المدنى الجديد بقولها :

"يفضل هذا النص ما يتضمن التقنين الحالى من نصوص بشأن مسئولية المتبوع والتابع ، من وجوه ثلاثة :

(أ) فيراعى أن المشروع حدد علاقة التبعية تحديدا بينا . فليس فى طبيعة الأشياء ما يحتم قيام هذه العلاقة على حرية المتبوع فى اختيار تابعـــه ، فقوامها ولاية الرقابة والتوجية " وما تستتبع ، عند الاقتضاء ، من إعمال حق الفصل .

(ب) ويراعى من ناحية أخرى ، أن المشروع قد وقف موقفا صريحا من أدق ما يعرض من المسائل بصدد هذه المسئولية . فجعل المتبوع مسئولا عن تعويض ما ينجم من الضرر عما يقع من تابعه من الأفعـــال غيـــر المشروعة ، ولم يقصر هذه المسئولية على ما يقع من هذه الأفعال أثناء

تأدية الوظيفة، بل بسط نطاقها على ما تكون هذه الوظيفة قد هيأت فرصة ارتكابه ، وبهذا أقر المشروع مذهب القضاء المصرى فى نزوعه إلى التوسع فى مسئولية المتبوع ، اقتداء بالقضاء الفرنسى (أنظر على الأخص حكم محكمة النقض المصرية الصادر فى ٢ فبراير سنة ١٩٢٥، المحاماة ٥ ص ٧٣٧ رقم ٦٠٩) .

(ج) ثم إن المشروع جعل من الخطأ المفترض أساسا لهذه المسئولية . وقد جرى المذهب اللاتينى ، خلاف للمذهب الجرمانى ، على اعتبار قرينة الخطأ قاطعة ، لا يقبل فى شأنها الدليل العكسى . فليس للمتبوع ، تفريعا على ذلك ، أن يقيم الدليل على انتفاء الخطأ من ناحيته ، وقصارى ما يستطيع، فى هذا الصدد ، نفى علاقة السببية بإثبات السبب الأجنبى . أما المشروع فلم يتشيع لأى من المذهبين ، واكتفى بالنص على أن المتبوع لايستطيع أن يدفع المسئولية عن نفسه ، إلا إذا أثبت أنه كان يستحيل عليه أن يحول دون وقوع العمل غير المشروع الذى نجم الضرر عنه ، والواقع أن هذه الاستحالة تستتبع سقوط المسئولية أو ارتفاعها من الناحية العملية ، باعتبار أنها تنقض قرينة الخطأ فى "الرقابة والتوجيه " أو باعتبار أنها تنفى علاقة السببية . ولم يعبأ المشروع فى إقرار هذا الحكم العادل برعاية المأثور لدى أصحاب الفقه ، ولا استشعر الحرج بإزائه ، وعلى هذا النحو ، أتيح للمشروع كذلك أن يخفف مما لابس بعض أحكام القضاء من أسباب التشدد والتضييق ، إذ بلغ من أمرها أن رتبت مسئولية مالك السيارة ، إذا تسلل بها السائق فى أثناء عطلته باستعمال مفتاح مسروق ، ووقع منه حادث فى خلال ذلك . ففى هذه الحالة يسهل على المتبوع ، وفقا لنص المشروع ، أن يقيم الدليل على أنه كان يستحيل عليه أن يحول دون وقوع العمل غير المشروع الذى نجم الضرر عنه " .

(مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٢ ص ٤١٣ ومابعدها) ،

الشــرح

مسئولية المتبوع عن أعمال التابع :

٣٠- شروط مسئولية المتبوع عن أعمال التابع :

يتضح من نص المادة (١٧٤) أن هناك شرطين يجب توافرهما كى تتحقق مسئولية المتبوع عن أعمال تابعه همـا : ١- أن تقـوم علاقة تبعية بين متبوع وتابع . ٢- أن يصدر خطأ من التابع حال تأدية وظيفته أو بسببها.

ونعرض لهذين الشرطين بالتفصيل فيما يلى .

٣١- الشـرط الأول :

أن تقوم علاقة تبعية بين متبوع وتابع :

يتعين لقيام هذه المسئولية أن توجد علاقة تبعية بين شخصين ، متبوع وتابع .

وتتوافر علاقة التبعية كلما وجد شخص فى حالة خضوع لآخر بحيث يكون للثانى سلطة تخوله رقابة وتوجيه الأول ولايشـترط أن يكون هناك عقد بين المتبوع والتابع ، أو أن يكون هناك أجر يعطيه المتبوع للتابع .

وقد أشار النص إلى ذلك بقوله : " **وتقوم رابطة التبعية ولو لم يكن المتبوع حرا فى اختيار تابعه متى كانت له سلطة فعلية فـى رقابته وتوجيهه** " . فعلاقة التبعية تقوم إذن على وجود سلطة فعلية فى الرقابة والتوجيه التى تثبت للمتبوع على التابع .

وكانت المادة ١٥٢ من القانون المدنى القديم تقصر المسئولية على السيد بالنسبة للأضرار التى يسببها خدمه للغير ، إلا أن التقنين المدنى الجديد جاء بنص عام (المادة ١٧٤) ينصرف إلى كل متبوع، فيسرى بالنسبة للسيد ولأرباب الأعمال وللحكومة والهيئات العامة والشركات وكل من تتوافر فيه شروط هذا النص سواء كان شخصا طبيعيا أو معنويا .

ونعرض فيما يلى للمقصود بالسلطة الفعلية ثم المقصود بالرقابة والتوجيه[1].

٣٢- (أ) - السلطة الفعلية :

تقوم علاقة التبعية على سلطة فعلية . ولا يشترط أن تكون هذه السلطة قد نشأت عن عقد عمل ، وإن كان هذا هو الغالب كما هى الحال بالنسبة للخادم والسائق ، أو الموظف التى تربطه بالدولة علاقة لائحية ، كما لايشترط أن تكون ناشئة عن أى عقد آخر ، كما لو كان العقد باطلا ، أو كان المتبوع قد اغتصب تلك السلطة كما لايهم أن يكون قيام علاقة التبعية بأجر أو بالمجان ، مؤقتة أو لها صفة الاستقرار مادامت توجد سلطة فعلية . بل إن مجرد وجود تبعية أدبية يكفى لقيام التبعية على المعنى المقصود هنا ، ومن ثم

---

(١) المستشار أنور طلبه ص ٦٣٧ .

فمن الممكن أن تقوم التبعية بين الصديق وصديقه والزوج وزوجته والأب وابنه [١].

وليس من الضرورى أن يكون المتبوع قد اختار تابعه ، فقد تقوم علاقة التبعية رغم كون التابع قد فرض على المتبوع [٢]، فالعاملون بوحدات الإدارة المحلية تعينهم الحكومة ومع ذلك تسأل هذه الوحدات عن أعمالهم باعتبارهم تابعين لهذه الوحدات .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"المرشد يعتبر أثناء قيامه بعملية إرشاد السفينة تابعا للمجهز لأنه يزاول نشاطه فى هذه الفترة لحساب المجهز ويكون الحال كذلك ولو كان الإرشاد إجباريا وليس فى هذا خروج على الأحكام المقررة فى القانون المدنى فى شأن مسئولية المتبوع وذلك أن الفقرة الثانية من المادة ١٧٤ منه تقضى بأن رابطة التبعية تقوم ولو لم يكن المتبوع حرا فى اختيار تابعه متى كانت له عليه سلطة فعلية فى رقابته وتوجيهه" .

(طعن رقم ٣٠٦ لسنة ٣٨ ق جلسة ١٩٦٣/١٠/٢٤)

---

(١) عبد المنعم الصده ص ٥٤٨ – أحمد حشمت أبو ستيت ص ٤٧٩ ومابعدها – سمير تناغو ونبيل سعد ص ٣٥٩ .

(٢) مصطفى مرعى ص ١٨٨ – السنهورى ص ٨٦٢ هامش (١) .

ولايلزم كذلك أن يملك المتبوع أمر فصل التابع ، كما هو الشأن فى المجندين تجنيدا إجباريا أو فيمن يخصص لخدمة شخص معين من هيئة من الهيئات [١].

ولكن صاحب السلطة لا يكون متبوعا إلا إذا كان يباشر السلطة لحسابه الخاص ، فإذا كان صاحب السلطة نائبا عن غيره ولايزاول السلطة لنفسه وإنما يباشرها لحساب غيره فإنه لا يكون متبوعا ، وعلى ذلك لا يعتبر رئيس العمال الذى يعمل لحساب أحد المقاولين متبوعا بالنسبة لهؤلاء العمال ولايسأل عنهم ، وإنما الذى يسأل هو المقاول الذى يعمل الرئيس لحسابه .

وكذلك ناظر المحطة الذى يشرف على عمال إحدى شركات النقل لا يعتبر متبوعا مسئولا عن هؤلاء العمال ، وإنما تسأل عنهم الشركة التى يعمل الناظر لحسابها [٢].

---

(١) وكان نص المادة (٢٤٢) من المشروع التمهيدى المقابل لنص المادة (١٧٤) يوجب أن يكون للمتبوع حق فصل التابع فقد نصت الفقرة الثانية من المادة على أن : " تقوم علاقة التبعية ... ومادام يملك فصله "- غير أن لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ حذفت العبارة سالفة الذكر وجاء بتقريرها " لأن مسألة الفصل لاتعتبر عنصرا لازما من عناصر رابطة التبعية . فأحيانا لا يكون أمر الفصل راجعا إلى المتبوع ومع ذلك تثبت المسئولية كما هو الشأن فى المجندين تجنيدا إجباريا أو فيمن يخصص لخدمة شخص معين من قبل هيئة من الهيئات " .
(مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٢ ص ٤٢٠) .

(١) مصطفى مرعى ص ١٨٩ .

والحمال يكون تابعا لصاحب الأمتعة التى يحملها فيكون هذا مسئولا عنه . ومصلحة السكك الحديدية تكون مسئولة عن الحمال باعتباره تابعا إذا كان الحمال يعمل فى شركة تخضع لرقابة المصلحة وتوجيهها (١).

ولايعتبر تابعا بالمعنى المقصود بالمادة من كان له فى عمله استقلال يخرجه عن سلطة غيره ، وعلى ذلك لايسأل مالك البناء عن خطأ المقاول الذى عهد إليه بإقامة بنائه إلا إذا كان قد احتفظ لنفسه بحق الإشراف على العمل وكان من شأن هذا الإشراف أن يخضع المقاول لإرادة المالك فى كل ما يمس عمله (٢).

٣٣- (ب)- عنصر الرقابة والتوجيه :

يجب أن تكون السلطة الفعلية للمتبوع منصبة على الرقابة والتوجيه بحيث يكون للمتبوع سلطة فعلية فى إصدار الأوامر إلى التابع فى طريقة أداء عمله وفى الرقابة عليه فى تنفيذ هذه الأوامر ومحاسبته على الخروج عليها .

غير أنه لا يشترط أن يستعمل المتبوع هذه السلطة بالفعل ، لأن عدم استعماله هذا الحق فى ذاته صورة من صور التقصير وداعى من دواعى المسئولية (٣).

---

(١) السنهورى ص ٨٦٢ هامش (٤) .

(٢) مصطفى مرعى ص ١٩٠ .

(٣) مصطفى مرعى ص ١٨٩ .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" أن مقتضى حكم المادة ١٧٤ من القانون المدنى أن علاقة التبعية تقوم على السلطة الفعلية التى تثبت للمتبوع فى رقابة التابع وتوجيهه سواء عن طريق العلاقة العقدية أو غيرها ، وسواء استعمل المتبوع هذه السلطة أو لم يستعملها طالما أنه كان فى استطاعته استعمالها . لما كان ذلك وكان يبين من الحكم الابتدائى المؤيد لأسبابه بالحكم المطعون فيه أنه أقام قضاءه بمسئولية الطاعنة – الهيئة العامة للمجارى والصرف الصحى – عن خطأ المطعون عليه الثانى – مقاول الحفر على ما خلص إليه استنادا إلى شروط المقاولة وتقرير الخبير من أن عمل موظفى الطاعنة لم يقتصر على مجرد الإشراف الفنى ، بل تجاوزه إلى التدخل الإيجابى فى تنفيذ العملية وهو ما تتوافر به سلطة التوجيه والرقابة فى جانب الطاعنة ويؤدى إلى مساءلتها عن الفعل الخاطئ الذى وقع من المطعون عليه الثانى باعتباره تابعا لها ، ولا وجه للاحتجاج بأن الحكم لم يعمل شروط عقد المقاولة المبرم بين الطرفين فيما نص عليه من أن المقاول وهو وحده المسئول عن الأضرار التى تصيب الغير من أخطائه وذلك إزاء ما حصله الحكم من ثبوت السلطة الفعلية للطاعنة على هذا المقاول فى تسيير العمل".

(طعن رقم ٣٧٧ لسنة ٤٣ ق جلسة ١٩٧٧/١/٣١)

ولايجب أن يمارس المتبوع سلطة الإشراف بنفسه بل يكفى لتحققها أن يقوم بها تابع آخر نيابه عنه ولحسابه ومتولى السلطة فى هذه الحالة ليس إلا وسيطا فحسب ، كصاحب المدرسة الذى يعين ناظرا لها فيظل صاحبها هو المتبوع [١].

وفى حالة ما إذا قام شخص واحد بأعمال متفرقة لأشخاص متعددين كالبستانى الذى يقوم بزراعة حدائق متعددة والعناية بها الإشراف عليها وكل منها تابعة لفيلا يملكها شخص يختلف عن الآخرين فينتقل من حديقة إلى حديقة فى أوقات متعاقبة ، فإنه فى هذه الحالة يكون متبوعا لمن يقوم على شئون حديقته فى الوقت الذى وقع منه الفعل الضار [٢].

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " أساس مسئولية المتبوع ما للمتبوع من سلطة فعلية فى إصدار الأوامر إلى التابع فى طريقة أداء عمله ، والرقابة عليه فى تنفيذ هذه الأوامر ومحاسبته على الخروج عليها ، وهو الأمر الذى تقوم به سلطة التوجيه والرقابة فى جانب المتبوع ، فإذا انعدم هذا الأساس فلا يكون التابع قائما بوظيفته لدى المتبوع ولا يكون الأخير مسئولا عن الفعل الخاطئ الذى يقع من التابع " .

(طعن رقم ٢٧٧٥ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٦٢/٧/١٩)

---

(١) الدناصورى والشواربى ص ٢٨٣ .

(٢) الدناصورى والشواربى ص ٢٨٥ .

٢- " مؤدى نص المادة ١٧٤ من القانون المدنى - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن علاقة التبعية تقوم على توافر الولاية فى الرقابة والتوجيه بحيث يكون للمتبوع سلطة فعلية فى إصدار الأوامر إلى التابع فى طريقة أداء عمله وفى الرقابة عليه فى تنفيذ هذه الأوامر ومحاسبته على الخروج عليها " .

(طعن رقم ١٣٨ لسنة ٤٤ ق جلسة ١٩٧٧/١١/١)

٣- " أساس مسئولية المتبوع ما للمتبوع من سلطة فعلية فى إصدار الأوامر إلى التابع فى طريقه أداء عمله والرقابة عليه فى تنفيذ هذه الأوامر ومحاسبته عن الخروج عليها وهو الأمر الذى تقوم به سلطة التوجيه والرقابة فى جانب المتبوع ، ومتى انعدم هذا الأساس فلا يكون التابع قائماً بوظيفته لدى المتبوع ولا يكون الأخير مسئولا عن الفعل الخاطئ الذى يقع من التابع " .

(طعن رقم ١٩١٩ لسنة ٦٠ ق جلسة ١٩٩٥/٣/١٢)

٤- " قوام علاقة المتبوع بالتابع هو ما للمتبوع على التابع من سلطة فعلية فى توجيهه ورقابته ويكفى لتحقيقها أن يقوم بها تابع آخر نيابة عنه ولحسابه بما لازمه أن يعنى الحكم عند تكييف الأساس القانونى لدعوى المسئولية التى يقيمها المضرور على المسئول عن الضرر الذى لحقه من العمل غير المشروع الذى ارتكبه تابعه على أساس تلك المسئولية أن يعرض لدلالة قيام علاقة

التبعية والولاية فى الرقابة والتوجيه ويبين بما فيه الكفاية مدى توافر ذلك " .

(طعن رقم ٣٦٠٨ لسنة ٧١ ق جلسة ٢٠٠٢/١٢/٢٥)

وليس ضروريا لقيام التبعية أن يكون المتبوع قادرا على توجيه التابع ورقابته من الناحية الفنية ، بل يكفى أن يكون له ذلك من الناحية الإدارية أو التنظيمية . فصاحب السيارة مثلا ، متبوع بالنسبة لسائقها ، حتى ولو لم يكن يعرف القيادة [١].

وصاحب المستشفى الذى لا يحمل بكالوريوس الطب ، متبوع بالنسبة للطبيب الذى يعينه مديرا للمستشفى [٢].

٣٤ـ المتبوع العرضى :

الأصل أن المتبوع يظل مسئولا عن عمل تابعه ، إذ الفرض أنه يستبقى لنفسه السلطة فى رقابة تابعه وتوجيهه ، ومن ثم فإنه يسأل ولو وقع من التابع خطأ وهو يؤدى عملا لمصلحة آخر كما إذا استأجر شخص سيارة وسائقها لنقله إلى جهة معينة أو كما إذا أرسل صاحب " جراج " أحد عماله ليحضر سيارة عميل .

أما إذا اتضح من ظروف الحال أن المتبوع قد تخلى عن سلطته

---

(١) مصطفى مرعى ص ١٩٠ – محمود جمال الدين زكى ص ٢٩٦ .

(٢) الدناصورى والشواربى ص ٢٨٣ .

على التابع إلى الشخص الآخر ، كما إذا كان هذا قد استأجر السيارة وسائقها مشاهرة مثلا ، فى مثل هذه الحالة تنتقل التبعية إلى المتبوع العرضى ويسأل هو عن خطأ التابع [١].

أو إذا كان المتبوع قد أعار سيارته إلى آخر بسائقها ، أو بغير سائق .

وصاحب السيارة المعطلة التى يكلف آخر بدفعها أو قطرها يعتبر متبوعا عرضيا بالنسبة لمن قام بهذا العمل وبصدد هذا العمل فقط [٢].

وكذلك الشأن بالنسبة للممرض فى مستشفى الذى يعمل تحت سلطة الجراح الذى استدعاه المريض من خارج المستشفى فإنه يعتبر تابعا للجراح أثناء الجراحة وفيما تقتضيه العناية اللازمة بالمريض أما بعد أن يفيق المريض فلا يعتبر الممرض تابعا للجراح فيما يقوم به من شئون العلاج وما يترتب عليه من ضرر وتسأل عنه المستشفى الذى يستخدمه [٣].

---

(١) أحمد حشمت أبو ستيت ص ٤٨١ .
(٢) المستشار أنور طلبه ص ٦٣٩ .
(٣) الدناصورى والشواربى ص ٢٨٥ .

وقد قضت محكمة النقض ـ الدائرة الجنائية ـ بأن :

" إن قوامة علاقة المتبوع بالتابع بمقتضى المادة ١٥٢ من القانون المدنى هو ما للمتبوع على التابع من سلطة فى توجيهه ورقابته . فكلما تحققت هذه السلطة قامت تلك العلاقة . ولايهم بعدئذ أطالت مدة قيام هذه السلطة أم قصرت ، إذ العبرة بوجودها فحسب، لأن القانون لا يتطلب سواها ومتى وجدت العلاقة بين المتبوع والتابع فالمتبوع يكون مسئولا عن تعويض الضرر عن كل فعل ضار يقع من تابعه كلما كان وقوعه وقت القيام بالعمل الذى عهد به إليه أو بمناسبته فقط ، مادام هذا العمل هو الذى سهل وقوع الفعل الضار أو هيأ الفرصة لوقوعه بأية طريقة كانت ، فإن نص القانون مطلق عام يسرى على الحالتين . وإذن فإذا كان الحكم قد أقام مسئولية المحكوم عليه (مستعير سيارة) على أنه هو الذى اختار المتهم ، دون أن يتحدث عن سلطة التوجيه والرقابة التى لاتقوم المسئولية إلا بها ، والتى تتضمن بذاتها حق الاختيار إذ أن من يملك توجيه إنسان فى أمر من الأمور يكون مختارا له فيه ، ولكن كانت الوقائع الثانية به تدل بوضوح على أن المحكوم عليه كان له على المتهم سلطة فى توجيهه ورقابته فيما يختص بالمأمورية التى كلفه بها بل فى إقصائه عنها ، فإنه لا يكون قد أخطأ . لأن مسئولية

المستعير تكون متحققة ولو كانت المأمورية مؤقتة بزمن وجيز ، أو كان المتهم تابعا فى ذات الوقت لمتبوع آخر ، أو كان المتهم (وهو سائق سيارة) هو الذى ذهب من تلقاء نفسه بالسيارة لعمل ما (شحن البطارية) ، مادام القانون لم يعين مدة لقيام علاقة المتبوع بالتابع ، ومادامت علاقة المتهم بالمتبوع الآخر ليس لها اتصال بالحادث الذى ارتكبه المتهم بسبب المأمورية المكلف بها من قبل المحكوم عليه ، ومادام شحن البطارية لم يكن إلا لمناسبة القيام بالعمل الذى اعتزمه هذا المحكوم عليه ".

(طعن رقم ٥١٣ لسنة ١٣ ق جلسة ١٩٤٣/٢/١٥)

كما قضت محكمة النقض – الدائرة المدنية – بأن :

" لما كان الثابت فى الأوراق أن الطاعن دفع الدعوى – أمام درجتى التقاضى – بعدم قبولها ضده لرفعها على غير ذى صفة مستندا فى ذلك إلى أنه لايعد متبوعا لمحدث الضرر لأنه أعار سيارته فارتكب بها الأخير الحادث بمفرده ، وطلب من محكمة الاستئناف إحالة الدعوى إلى التحقيق لإثبات ذلك حتى تنتفى مسئوليته عن التعويض المحكوم به ، وكان الحكم المطعون فيه لم يعرض لهذا الطلب إيرادا له وردا عليه وجعل عمدته فى قضائه مجرد ثبوت ملكية الطاعن للسيارة أداة الحادث وأنه سلمها للسائق

التابع له وتحت رقابته ، ورتب على ذلك تأييده ما قضت به ضده محكمة أول درجة وكان هذا القول من الحكم لا يواجه دفاع الطاعن ولا يحسم القول فى شأن ما طلبه من الإحالة على التحقيق ليثبت أنه أعار السيارة لمرتكب الحادث . لما كان ذلك ، وكان يترتب على الإعارة انتقال حراسة الشئ المعار إلى المستعير بما تنتفى معه علاقة التبعية بينهما عملا بمفهوم نص المادة ٦٣٦ من القانون المدنى ، وكان الحكم المطعون فيه لم يمكن الطاعن من طلبه المشار إليه رغم أنه ينطوى على دفاع جوهرى قد يتغير به وجه الرأى فى الدعوى فإنه يكون فضلا عن إخلاله بحق الدفاع قد ران عليه القصور المبطل ".

(طعن رقم ٤٩٨١ لسنة ٦٧ ق جلسة ١٩٩٩/١١/٢٨)

٣٥ـ بعض صور علاقة التبعية :

١ـ المستشفى والطبيب :

تتوفر علاقة التبعية بين المستشفى والطبيب الذى يعمل بها ولو كانت علاقة أدبية .

أما إذا كان الطبيب يعمل فى مستشفى غيره لحسابه فلا يعتبر تابعا لإدارة المستشفى[١] .

---

(١) الدناصورى والشواربى ص ٢٨٤ .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" إن وجود علاقة تبعية بين الطبيب وإدارة المستشفى الذى عالج فيه المريض ، ولو كانت علاقة تبعية أدبية ، كاف لتحميل المستشفى مسئولية خطأ الطبيب " .

(طعن رقم ٢٤ لسنة ٦ ق جلسة ١٩٣٦/٦/٢٢)

٢ـ الموكل والوكيل :

لا تقتصر علاقة التبعية على ما يؤدى من أعمال مادية لحساب الغير، بل تكون أيضا فيما يؤدى من أعمال قانونية كعقد الوكالة . فتجوز مساءلة الموكل عما يقترفه وكيله من فعل ضار أثناء قيامه بالعمل الذى أسند إليه بشرط أن يكون خاضعا فيه لرقابة الموكل وتوجيهه . أما إذا لم يكن للموكل حق الإشراف والرقابة على الوكيل فى هذا العمل انتفت علاقة التبعية [١].

٣ـ مالك العمارة والبواب :

أنظر المجلد الحادى عشر شرح المادة ٥٧١ .

٤ـ مالك السيارة وصاحب الجراج :

يكون صاحب الجراج مسئولا عن السيارة أثناء وجودها بالجراج ، وبالتالى مسئولا عن فعل تابعه ، كأن يكون قد مالك

---

(١) الدناصورى والشواربى ص ٢٨٤ ومابعدها – المستشار أنور طلبه ص ٦٤١ .

السيارة كلفه بإرسال السيارة إليه فعهد إلى عامل لديه بإحضارها، فيكون مسئولا عما يقع من خطأ تابعه فى الفترة التى يحضر فيها السيارة .

أو تكون السيارة قد سرقت حال وجودها بالجراج بتقصير من عامل الجراج المكلف بالحراسة ، حينئذ يكون صاحب الجراج مسئولا عن خطأ هذا العامل .

٥ ـ تبعية العاملين بالمستشفيات والوحدات الطبية لرئيس الوحدة المحلية :

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

(أ)– "المادة الأولى من القانون ٤٣ لسنة ١٩٧٩ فى شأن الحكم المحلى المعدل بالقانون رقم ٥٠ لسنة ١٩٨١ قد نصت على أن "وحدات الحكم المحلى هى المحافظات والمراكز والمدن والأحياء والقرى ويكون لكل منها الشخصية الاعتبارية " كما نصت المادة الرابعة من ذات القانون على أن " يمثل المحافظة محافظها كما يمثل كل وحدة من وحدات الحكم المحلى الأخرى رئيسها وكذلك أمام القضاء وفى مواجهة الغير " وكان المشرع قد نص فى المادة الثانية من قانون نظام الحكم المحلى سالف الذكر على أن " تتولى وحدات الحكم المحلى فى حدود السياسة العامة والخطة العامة للدولة إنشاء وإدارة جميع المرافق العامة الواقعة فى دائرتها كما

تتولى هذه الوحدات كل فى نطاق اختصاصها جميع الاختصاصات التى تتولاها الوزارات بمقتضى القوانين واللوائح المعمول بها وذلك فيما عدا المرافق القومية أو ذات الطبيعة الخاصة التى يصدر بها قرار من رئيس الجمهورية وتحدد اللائحة التنفيذية المرافق التى تتولى المحافظات إنشاءها وإدارتها والمرافق التى تتولى إنشاءها وإدارتها الوحدات الأخرى للحكم المحلى " والمادة ٥٥ منه تنص على أن " يكون لكل مدينة رئيس له سلطات وكيل الوزارة ورئيس المصلحة فى المسائل المالية والإدارية بالنسبة لأجهزة وموازنة المدينة على النحو الذى تبينه اللائحة التنفيذية ... " ثم تضمنت المادة السادسة من اللائحة التنفيذية لهذا القانون الصادر بها قرار رئيس مجلس الوزراء رقم ٧٠٧ لسنة ١٩٧٩ النص على أن "تتولى الوحدات المحلية كل فى دائرة اختصاصها الشئون الصحية والطبية وإنشاء وتجهيز وإدارة الوحدات الطبية فى إطار السياسة العامة وخطة وزارة الصحة " فإن مؤدى ذلك أن رئيس الوحدة المحلية للمدينة هو المشرف على الوحدات الطبية ومنها المستشفيات العامة الواقعة فى دائرة اختصاصه من الناحية المالية والإدارية وبالتالى فهو صاحب الصفة فى تمثيل وحدته أمام القضاء وله وحده – دون وزير الصحة - الرقابة والإشراف على العاملين بتلك المستشفيات والوحدات الطبية ومحاسبتهم على الخروج عليها وبالتالى تتحقق بالنسبة له صفة المتبوع فى مدلول حكم المادة ١٧٤ من القانون

المدنى ويلزم بتعويض الضرر الذى يحدثه تابعه بعمله غير المشروع " .

(ب)- " إذ كان الثابت من الأوراق أن الضرر الذى لحق بالمطعون ضدهما والذى صدر الحكم المطعون فيه بتعويضهما عنه قد وقع فى تاريخ وفاة مورثهما فى ١٩٩٤/١٢/٥ بخطأ أحد العاملين بمستشفى .... للصحة النفسية والعقلية وقت أن كانت تلك المستشفى الكائنة بمدينة الاسكندرية تابعة لإحدى وحدات الحكم المحلى المبينة فى القانون دون الطاعن الثانى بصفته- وزير الصحة- والذى لم تنتقل إليه هذه التبعية بالنسبة للمستشفى المذكورة إلا منذ تاريخ العمل بالقرار الجمهورى رقم ٣٣١ لسنة ١٩٩٧ الصادر فى ١٩٩٧/٩/٢١ ولاينال من ذلك ما تضمنته المادة الثانية من هذا القرار الأخير باتخاذ الإجراءات اللازمة لنقل الاعتمادات الواردة بالموازنة العامة للدولة والخاصة بالمستشفيات المشار إليها فى المادة الأولى ومنها مستشفى ... للصحة النفسية والعقلية إلى موازنة وزارة الصحة والسكان لأن هذا النص ليس فيه ما يفيد انتقال التزامات المستشفيات الواردة به والمترتبة فى ذمتها قبل صدوره إلى وزير الصحة والسكان أو أن هذا الأخير يعتبر خلفاً عاماً أو خاصا للوحدات المحلية المشرفة على تلك المستشفيات أو أنه حل محلها حلولاً قانونيا مما يترتب عليه أيلولة جميع الحقوق والالتزامات الخاصة بهذه المستشفيات إليه ومن ثم تبقى حقوق الدائنين لهذه المستشفيات قائمة قبلها وقبل الوحدات المحلية التابعة

لها والتى ترتبت فى ذمتها قبل صدور القرار المذكور وإذ خـالف الحكم الابتدائى مؤيدة أسبابه بقضاء الحكم المطعون فيه هذا النظـر وجرى فى قضائه برفض الدفع المبدى من الطاعن الثانى بصفته - وزير الصحة- بعدم قبول الدعوى بالنسبة له لرفعها على غير ذى صفة استناداً لنافلة من القول بقيام علاقة التبعية بينه وبين مستشفى ...... للصحة النفسية والعقلية ورتب على ذلك إلزامه بـالتعويض بالتضامن معها فإنه يكون قد خالف القانون بما يوجب نقضـه فـى هذا الخصوص ".

(طعن رقم ٧٤٣ لسنة ٧٢ ق جلسة ٢٠٠٤/٣/١٤)

٣٦- لا يشترط أن يكون المتبوع رشيدا :

لا يشترط لتوافر علاقة التبعية ، أن يكون المتبوع رشيدا ، بـل يجوز أن يكون المتبوع غير مميز [١].

وفى هذا قضت محكمة النقض – الدائرة الجنائية – بأن :

" إن المادة ١٥٢من القانون المدنى إذ نصت بصيغة مطلقة على أنه: " يلزم السيد بتعويض الضرر الناشئ للغير عن أفعال خدمه متى كان واقعا منهم فى حال تأدية وظائفهم " فقد أفادت أنه لا يقتضـى ثبوت أى تقصير أو إهمال من جانب المتبوع الذى يلزم بالتعويض ، بل يكفى لتطبيقها أن يكون الخطأ المنتج للضرر قد وقع من التـابع

---

(١) حسين عامر وعبد الرحيم عامر ص ٦٤٢ .

أثناء تأدية وظيفته لدى المتبوع وإذن فيصح بناء على هـذه المـادة مساءلة القاصر عن تعويض الضرر الذى ينشأ عن أفعال خدمـه الذين عينهم له وليه أو وصية أثناء أعمالهم لديه . ولايرد على ذلك بأن القاصر بسبب عدم تمييزه لصغر سنه لا يتصور أى خطأ فـى حقه إذ المسئولية هنا ليست عن فعل وقـع مـن القاصـر فيكـون للإدراك والتمييز حساب وإنما هى عن فعل وقع من خادمـه أثنـاء تأدية أعماله فى خدمته " .

(طعن رقم ٨٥٥ لسنة ١٢ ق جلسة ١٩٤٢/٥/٢٥)

٣٧ـ يجوز تبعية التابع لأكثر من متبوع :

يجوز أن يكون التابع متبوعا لأكثر من واحـد . ولمـا كـان المتبوع يعتبر فى حكم الكفيل المتضامن – كما سـنرى- فإنـه إذا تعدد المتبوعون كانوا متضامنين فيما بينهم عملا بالمادة ٧٩٥ مـن القانون المدنى .

ومثال ذلك أن يعمل بستانى لدى أكثر من صاحب حديقة .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " المتبوع – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة- يعتبر فى حكم الكفيل المتضامن للتابع كفالة مصدرها القانون مما يترتـب عليه أنه إذا تعدد المتبوعون كانوا متضامنين فيما بينهم عملا بالمادة ٧٩٥ من القانون المدنى " .

(طعن رقم ٥٢٢ لسنة ٤٥ ق جلسة ١٩٨٣/١/١٣)

٢- " يدل نص المادتين ٢٧ ، ٢٩ من القانون رقم ٩٧ لسنة ١٩٧١ فى شأن الحكم المحلى الذى وقع الحادث فى ظل أحكامه - على أن الشارع وإن كان قد خول وحدات الحكم المحلى سلطات على العاملين بالمدارس بما يجعلهم تابعين لها ، إلا أنه لم يسلب وزير التعليم صفته بالنسبة لهم ، ومن ثم فإن هؤلاء العاملين يكونون تابعين لتلك الوحدات ولوزير التعليم أيضا " .

(طعن رقم ١٠٤ لسنة ٥١ ق جلسة ١٩٨٤/١١/٢٥)

٣٨ـ ثبوت مسئولية المتبوع ولو كان التابع غير معروف :

يكفى لمساءلة المتبوع أن يثبت خطأ التابع الذى أدى إلى حصول ضرر للغير ، ولو تعذر تعيين هذا التابع من بين تابعيه [١].

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- " مسئولية المتبوع تتحقق ولو لم يعين تابعه الذى وقع منه الفعل غير المشروع إذ يكفى فى مساءلة المتبوع أن يثبت وقوع خطأ من تابع له ولو تعذر تعيينه من بين تابعيه ".

(طعن رقم ٧٤٠ لسنة ٤٦ ق جلسة ١٩٧٩/١٢/٦)

٢- " يكفى فى مساءلة المتبوع عن أعمال تابعه غير المشروعة أن يثبت أن الحادث قد نتج عن خطأ التابع ولو تعذر تعيينه من بين تابعيه ".

(طعن رقم ٥٧٣ لسنة ٤٥ ق جلسة ١٩٨١/١/١١)

---

(١) المستشار الدكتور محمد شتا أبو سعد *التقنين المدنى - الجزء الأول* ص ١٣٧٦ .

٣- " من المقرر أنه يكفى فى القانون مساءلة المتبوع عن أعمال تابعه غير المشروعة والحارس عن الأشياء التى فى حراسته ولو تعذر تعيين التابع من بين تابعيه ، أو تحديد الشئ الذى أحدث الضرر من بين غيره منها ".

(طعن رقم ٢٨٠١ لسنة ٦٠ ق جلسة ١٩٩٤/١٢/٤)

٤- " إقامة الحكم قضاءه بمسئولية الطاعنة عن التعويض على ما استخلصه من أوراق الجنحة آنفة الذكر من أن الخطأ وقع من أحد العمال التابعين لها الذى أدار مفتاح تشغيل الآلة " البريمة" أثناء قيام المطعون عليه بأعمال صيانتها مما نجم عنه حدوث إصابته فإنه يكون قد رد الحادث إلى خطأ تابع الطاعنة ورتب على ذلك مسئوليتها عن الضرر . وكان مؤدى هذا الذى قرره الحكم المطعون فيه أنه قطع - وفى نطاق ما لمحكة الموضوع من سلطة تقديرية وبأسباب سائغة أن مرتكب الفعل الضار رغم الجهالة بفاعله أو تعذر تعيينه من بين العاملين لديها هو أحد تابعى الطاعنة وكان يكفى فى مساءلة المتبوع عن أعمال تابعه غير المشروعة أن يثبت أن الحادث قد نتج عن خطأ التابع ولو تعذر تعيينه من بين تابعيه وكان الثابت أنه لم يصدر حكم جنائى بات فاصلا فى الدعوى الجنائية ينفى الخطأ فى جانب أى من العاملين بالشركة والذى سبب إصابة المطعون عليه فإن تعييب الحكم بما ورد بسبب النعى لا يعدو أن يكون - فى حقيقته - جدلا فيما تستقل محكمة

الموضوع بتحصيله وفهمه وتقديره وهو ما لا تجوز إثارتــه أمــام محكمة النقض ويكون ما قرره الحكم فى صدد مســئولية الطاعنــة عن التعويض صحيحا فى القانون " .

(طعن رقم ٤٨٦١ لسنة ٦١ ق جلسة ١٩٩٧/١٢/٢٨)

٣٩ ـ وجوب ثبوت صفة المتبوع وقت نشوء الحق فى التعويض :

يجب لتحقق مسئولية المتبوع أن تثبت صفته هذه وقــت نشــوء الحق فى التعويض وهو وقت وقوع الخطأ الذى ترتب عليه الضرر الموجب لهذا التعويض .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" مفاد نص المادة ١٧٤ من القانون المدنى أنه تتحقق مســئولية المتبوع عن التابع إذا ارتكب التابع فى حالة تأدية وظيفته أو بسببها خطأ أحدث ضررا، ولما كان مصدر الحق فى التعويض هو العمل غير المشروع الذى أتاه المسئول ويترتب هذا الحق فى ذمة المتبوع من وقت وقوع الضرر المترتب على ما ارتكبه هذا المسئول من خطأ ، وتقوم مسئولية المتبوع فى هذه الحالــة علــى واجــب الإشــراف والتوجيه للتابع ، فإن العبرة فى تحديد المتبوع المسئول عن خطــأ التابع هى بوقت نشوء الحق فى التعويض وهو وقت وقوع الخطــأ الذى ترتب عليه الضرر الموجب لهذا التعويض، ولا يغير من ذلك انتقال هذا التابع إلى رقابة وتوجيه متبوع آخر بعد ذلك " .

(طعن رقم ١٥١ لسنة ٤٣ ق جلسة ١٩٧٩/١٢/١٣)

٤٠ـ علاقة التبعية مسألة موضوعيـة :

القول بتوافر علاقة التبعية من عدمه من المسائل الموضـوعية التى يستقل بتقديرها قاضى الموضوع ، ولا رقابة عليه فى ذلك من محكمة النقض ، طالما أقام قضاءه على أسباب سائغة تكفى لحمله .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- "المرشد يعتبر أثناء قيامه بعملية إرشاد السفينة تابعا للمجهز لأنه يزاول نشاطه فى هذه الفترة لحساب المجهز ويكـون الحـال كذلك ولو كان الإرشاد إجباريا وليس فى هذا خروج على الأحكـام المقررة فى القانون المدنى فى شأن مسئولية المتبوع ذلك أن الفقرة الثانية من المادة ١٧٤ منه تقضى بأن رابطة التبعية تقوم ولـو لـم يكن المتبوع حرا فى اختيار تابعه متى كانت له عليه سلطة فعليـة فى رقابته وتوجيهه . والمجهز يمارس سلطة الرقابة والتوجيه على المرشد بواسطة ربانه . وقد قـررت القاعـدة المتقدمـة معاهـدة بروكسل الخاصة بتوحيد بعض القواعـد المتعلقـة بالمصـادمات البحرية والتى وافقت مصر عليها وصدر مرسوم بالعمل بأحكامهـا إذ تقضى المادة الخامسة منه ببقاء مسئولية السفينة فى حالة مـا إذا حصل التصادم بسبب خطأ المرشد حتى ولو كان الإرشاد إجباريا .

ومؤدى ذلك أن المرشد ينسلخ فى الفترة التى يباشر فيها نشاطه على ظهر السفينة من الجهة التى يتبعها أصلا وعلى ذلك فلا يسأل هذه الجهة عن الأخطاء التى تقع منه فى تلك الفترة " .

(طعن رقم ٣٠٦ لسنة ٢٨ ق جلسة ١٩٦٣/١٠/٢٤)

٢- " من المقرر أن علاقة التبعية مسألة موضوعية تفصل فيها محكمة الموضوع بغير معقب ، طالما أنها تقيم قضاءها على أسباب سائغة تكفى لحمله " .

(طعن رقم ٦ لسنة ٥٠ ق جلسة ١٩٨١/٢/٣)

كما قضت محكمة النقض – الدائرة الجنائية - بأن :

" إذا قدرت محكمة الموضوع ظروف الحادث الذى وقع من تلميذ داخل المدرسة وقررت أن لا مسئولية على ناظر المدرسة فيه لأنه وقع مفاجأة ، فإنها بذلك تكون قد فصلت فى نقطة موضوعية لا رقابة لمحكمة النقض عليها ، لأن من المتفق عليه أن القول بوجود المفاجأة أو بعدم وجودها أمر متعلق بالموضوع مما لايدخل تحت رقابة محكمة النقض " .

(طعن رقم ١٣٨٦ لسنة ٤ ق جلسة ١٩٣٤/١١/١٩)

٤١ ـ قيام السلطة الفعلية يعنى توافر علاقة التبعية :

وقد أوضحت ذلك محكمة النقض إذ قضت بأن :

" علاقة التبعية تقوم كلما كان للمتبوع سلطة فعلية على التابع فى الرقابة وفى التوجيه ولو كانت هذه الرقابة قاصرة على الرقابة الإدارية . فإذا كانت نصوص القانون ٢٥٥ لسنة ١٩٥٥ بإصدار القانون الأساسى للمنطقة الواقعة تحت رقابة القوات المصرية بفلسطين تؤدى على النحو الذى استلخصه الحكم إلى أن للطاعن

الثانى (السيد وزير الحربية) سلطة فعلية على الطاعن الأول (السيد مدير الشئون الثقافية والتعليم لقطاع غزة) واستدل الحكم بذلك على قيام علاقة التبعية بينهما ورتب على ذلك مسئولية الطاعن الثانى عن أعمال الطاعن الأول فإنه لا يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون".

(طعن رقم ٢٢ لسنة ٣٤ ق جلسة ١٩٦٧/١١/٧)

٤٢- يجب بيان علاقة التبعية بالحكم :

وقد أوضحت ذلك محكمة النقض بقولها :

١- "... لما كان ذلك وكان الحكم الابتدائى قد قضى بإلزام الطاعن بالتعويض باعتباره متبوعا للمطعون عليه الثانى الذى وقع منه الخطأ دون أن يورد الدليل على قيام تلك التبعية مكتفيا بما قرره من أن المطعون عليه المذكور قد ارتكب الحادث أثناء قيادته سيارة الطاعن فى حين أن ملكية السيارة لاتتحقق بها وحدها علاقة التبعية الموجبة لمسئولية مالكها ، كما حكم على الطاعن فى دعوى الضمان الفرعية استنادا إلى أن المطعون عليه الثانى قاد السيارة التى ارتكب بها الحادث دون أن يكون حائزا على رخصة قيادة ولم يستظهر ما إذا كان ذلك قد حدث بموافقة الطاعن أم لا ، فإن الحكم المطعون فيه إذ أيد الحكم الابتدائى لأسبابه يكون معيبا بالقصور بما سنوجب نقضه " .

(طعن رقم ٣٩٧ لسنة ٤٥ ق جلسة ١٩٧٨/٦/٢٠)

٢- قوام علاقة المتبوع بالتابع هو ما للمتبوع على التابع من سلطة فعلية فى توجيهه ورقابته ويكفى لتحققها أن يقوم بها تابع

آخر نيابة عنه ولحسابه بما لازمه أن يعنى الحكم عند تكييف الأساس القانونى لدعوى المسئولية التى يقيمها المضرور على المسئول عن الضرر الذى لحقه من العمل غير المشروع الذي ارتكبه تابعه على أساس تلك المسئولية أن يعرض لدلالة قيام علاقة التبعية والولاية فى الرقابة والتوجيه ويبين بما فيه الكفاية مدى توافر ذلك " .

(طعن رقم ٣٦٠٨ لسنة ٧١ ق جلسة ٢٠٠٢/١٢/٢٥)

٤٣ـ الشرط الثانى :

أن يصدر خطأ من التابع حال تأدية وظيفته أو بسببها .

هذا الشرط يتطلب تناول مسألتين هما :

١- صدور خطأ من التابع .

٢- صدور الخطأ من التابع أثناء تأدية وظيفته أو بسببها .

ونعرض لهاتين المسألتين على التوالى .

٤٤ـ (أولا) : صدور خطأ من التابع :

مسئولية المتبوع مسئولية تبعية ، فهى لا تقوم إلا إذا تحققت مسئولية التابع . ومن ثمَ فإنه يشترط لكى تتحقق مسئولية المتبوع أن يقع من التابع خطأ يسبب ضررا للغير . وبعبارة أدق يجب لكى تقوم مسئولية المتبوع أن تتحقق أولا مسئولية التابع .

ويستوى أن يكون التابع مسئولا بناء على خطأ واجب الإثبات ، أو بناء على خطأ مفروض باعتباره مكلفا برقابة شخص آخر ، أو

مسئولا بوصفه حارسا بصرف النظر عن فكرة الخطأ ، ففى جميع هذه الأحوال تقوم مسئولية المتبوع تبعا لقيام مسئولية التابع[١] .

وينبنى على ذلك أنه إذا انتفت مسئولية التابع لحالة من الحالات التى ينتفى بها الخطأ ، كحالة الضرورة أو حالة الدفاع الشرعى أو السبب لأجنبى أو لفقد الاختيار ، فليس من مسئولية قبل المتبــوع . ولهذا يجب على المضرور أن يقوم بإثبات خطأ التابع ، سواء كان هذا الخطأ فى جانب التابع ثابتا أو مفترضا أو كان افتراضه يقــوم على قرينة تقبل إثبات العكس أو على قرينة لا تقبله[٢].

وقد قضت محكمة النقض – الدائرة الجنائية – بأن :

١- " السيد مسئول عن تعويض الأضرار التى تصيب الغيــر بسبب خطأ خادمه . وأساس هذه المسئولية سوء اختيــاره لخادمــه وتقصيره فى رقابته . ولا يندفع الضمان عن السيد إلا إذا ثبــت أن الحادث الضار حصل بقوة قاهرة لا شأن فيها لخادمه ، أو ثبت أنه حصل عن خطأ المجنى عليه نفسه . فصاحب الفرس الــذى يســلم قيادة فرسه غير ملجم إلا بحبل لخادمه وهو صــبى فــى الرابعــة عشرة عن عمره ، مسئول عن تعويض الضرر الذى يصيب الغير من جموح هذا الفرس " .

(طعن رقم ٢٤٠٥ لسنة ٢ ق جلسة ١٩٣٢/١١/٧)

---

(١) عبد المنعم الصده ص ٥٥١- سمير تناغو ونبيل سعد ص ٣٥٩ .

(٢) حسين عامر وعبد الرحيم عامر ص ٦٤٧ – أحمد حشمت أبو ســتيت ص ٤٨٢ هامش (١) .

٢- " انتفاء المسئولية المدنية عن الخادم ينفيها أيضا عن المخدوم بطريق التبعية " .

(طعن رقم ١٣٨٦ لسنة ٤ ق جلسة ١٩٣٤/١١/١٩)

٣- " يكفى فى مساءلة المخدوم مدنياً أن يثبت أن الحادث قد تسبب عن خطأ خادم له ولو تعذر تعيينه من بين خدمه . فما دام الحكم قد أثبت أن وفاة المجنى عليه لا بد وأن تكون قد نشأت عن خطأ أحد المتهمين (الكمسارى أو السائق) اللذين هما تابعان لإدارة النقل المشترك ، فإن مساءلة هذه الإدارة مدنيا تكون متعينة، لأنها مسئولة عما يقع من مستخدميها فى أثناء تأدية خدمتهم . ولا يمنع من ذلك أن المحكمة لم تستطع تعيين المخطئ منهما . وليس فى إلزام الإدارة بالتعويض مع تبرئة الكمسارى[1] خروج عن القواعد الخاصة بالمسئولية فإن هذه التبرئة قائمة على عدم ثبوت ارتكابه الخطأ الذى أدى إلى وقوع الحادث . أما مسئوليتها هى فمؤسسة على ما ثبت قطعا من أن هذا الخطأ إنما وقع من أحد خادميها الذين كانا يعملان معا فى السيارة " .

(طعن رقم ٨ لسنة ١٤ ق جلسة ١٩٤٣/١١/٢٢)

---

(١) السائق توفى أثناء نظر الدعوى .

كما قضت محكمة النقض ـ الدائرة المدنية ـ بأن :

١- " مسئولية المتبوع عن الضرر الذى يحدثه تابعه بعمله غير المشروع الواقع منه حال تأدية وظيفته أو بسببها (م ١٧٤ مدنى) قوامها وقوع خطأ من التابع مستوجب لمسئوليتها هو ، بحيث إذا انتفت مسئولية التابع فإن مسئولية المتبوع لا يكون لها من أساس تقوم عليه " .

(طعن رقم ١٧٨ لسنة ٢٨ ق جلسة ١٩٦٣/٥/١٦)

٢- " لا يعرف القانون مسئولية التابع عن المتبوع وإنما هو قد قرر فى المادة ١٧٤ من القانون المدنى مسئولية المتبوع عن أعمال تابعه غير المشروعة وهذه المسئولية مصدرها العمل غير المشروع وهى لاتقوم فى حق المتبوع إلا حيث تتحقق مسئولية التابع بناء على خطأ واجب إثباته أو بناء على خطأ مفترض " .

(طعن رقم ٥١٦ لسنة ٢٩ ق جلسة ١٩٦٤/١١/١٢)

٣- " إذا كان لرجال الأمن عند القيام بمهام وظائفهم واضطلاعهم بالمحافظة ، على الأمن العام والعمل على استتباب السكينة ، وصيانة الأرواح والأموال أن يتخذوا من الوسائل ما يكفل تحقيق هذه الأغراض فى حدود المعقول بل وأنه يجب عليهم أن يمتنعوا عن الوسائل المقيدة لحرية الأفراد ، ما لم يكن ثمة مسوغ شرعى تقتضيه ظروف الأحوال دون أن تكون عليهم أية مسئولية

فى ذلك طالما لم يقم الدليل المقنع والإثبات الكافى على تقصـــير أو إهمال فى تنفيذ هذه الواجبات ، ولمحكمة النقض أن تراقب محكمة الموضوع فى تكييفها للأفعال الصادرة من المدعى عليها بأنها خطأ أو غير خطأ أو قيام هذا المسوغ وعدم قيامه . لما كان ذلك ، وكان الحكم الابتدائى مؤيداً بقضاء الحكم المطعون فيه بنى قضاءه بإلزام الطاعن الثالث بصفته - وزير الداخلية - مــع بــاقى الطــاعنين متضامنين بالتعويض على أنه مسئول عن الضرر الذى أحدثه تابعه بعمله غير المشروع وهى عبارة مجملة تنم عن أن المحكمة لم تحط بواقعات الدعوى كما ذكرتها فى حكمها أن المتهم الذى قتل مورث المطعون ضدهما والمطالب بالتعويض عن قتله لــم يكــن تحــت مراقبة تابع الطاعن الثالث بصفته أو فى حراسته كما وأنها تنم عن أن المحكمة لم تسجل على الطاعن الثالث بصفته وقــوع أى خطــأ شخصى وتبين ماهيته ونوعه وهل كان عن تقصير أو إهمال مــن جانبه أو أحد من تابعيه أم أنه قام بما يفرضه عليه الواجب فى مثل الظروف التى وقع فيها الحادث ذلك لأن مــرد الأمــر فــى هــذا الخصوص ليس فىغياب رجال الأمن عن مكان الحادث بل بقيامهم بواجباتهم المفروضة عليهم والتى تواضع الناس على إدراكهم إياها متمثلة فى امتناعهم أو تقصيرهم عن القيام بــواجبهم فــى ضــبط ومراقبة الخارجين على القانون وإيداع المريض مــنهم المصــحة

اللازمة لعلاجه وهوما لم يتساند إليه الحكم بدليل يقيني وإثبات كافى بما ينحسم به أمره ولم يتحقق منه بلوغا إلى غاية الأمر فيــه دون افتئات منه على حقوق الآخرين . وإذ كان الثابت مــن الأوراق أن واقعة هروب المجنون من المستشفى إدارة الطاعن الأول لم تصــل إلى علم رجال الأمن بمركز شرطة سيدى برانى حسبما دلت بــذلك الشهادة الصادرة عن المستشفى إلا فى تــاريخ لاحــق لارتكــاب الحادث ولم يكن فى مقدور أى منهم تلافى وقوعه بما ينتفى معه ثمة خطأ يمكن نسبته لهم وهو ما يســتتبع انتفــاء مســئولية الــوزارة المتبوعة وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر وبنــى قضــاءه بإلزام الطاعن الثالث بصفته بالتعويض فإنه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون فضلا عن الفساد فى الاستدلال والقصور فى التسبيب ".

(طعن رقم ٧٤٣ لسنة ٧٢ ق جلسة ٢٠٠٤/٣/١٤)

٤٥ـ عدم مسئولية المتبوع عن خطأ تابعه غير المميز :

ذكرنا فى البند السابق أن مسئولية المتبــوع لا تتحقــق إلا إذا تحققت مسئولية التابع . ولما كانت مسئولية التــابع لا تتحقــق إلا بتوافر أركان المسئولية الثلاثة وهى الخطأ بركنيه المادى والمعنوى وهما فعل التعدى والتمييز ، ثم علاقة السببية بين الخطأ والضرر. ومن ثم إذا كان التابع الذى صدر منه الخطأ غيــر مميــز ، فإنــه لايتوافر فى جانبه الركن المعنوى من الخطأ الذى يقوم على التمييز .

ولا تجوز مساءلة متبوعه عن خطئه ، وإن جاز مساءلته على أساس مسئولية متولى الرقابة إذا توافرت شروطها [١].

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" مسئولية المتبوع عن الضرر الذى يحدثه تابعه بعمله غير المشروع الواقع حال تأدية وظيفته أو بسببها (م١٧٤ مدنى) قوامها وقوع خطأ من التابع مستوجب لمسئوليته هو ، بحيث إذا انتفت مسئولية التابع فإن مسئولية المتبوع لا يكون لها من أساس تقوم عليه . وإذ كانت مسئولية التابع لا تتحقق إلا بتوافر أركان المسئولية الثلاثة وهى الخطأ بركنيه المادى والمعنوى وهما فعل التعدى والتمييز ، ثم الضرر وعلاقة السببية بين الخطأ والضرر ، وكان الثابت من الأوراق أن التابع وقت اقتراف حادث القتل لم يكن مميزا لإصابته بمرض عقلى يجعله غير مدرك لأقواله وأفعاله مما ينتفى به الخطأ فى جانبه لتخلف الركن المعنوى للخطأ وهو ما يستتبع انتفاء مسئولية التابع وبالتالى انتفاء مسئولية الوزارة المتبوعة ، فإن الحكم المطعون فيه إذ خالف هذا النظر وبنى قضاءه بإلزام الطاعنة بالتعويض على أساس مسئولية المتبوع عن أعمال تابعه ، يكون قد خالف القانون " .

(طعن رقم ١٧٨ لسنة ٢٨ ق جلسة ١٩٦٣/٥/١٦)

---

(١) محمد كمال عبد العزيز ص ١٥٩٧ – الدناصورى والشواربى ص٢٨٦.

٤٦ـ وجوب بيان الخطأ بالحكم :

يجب على الحكم الذى يقضى بإلزام المتبوع بالتعويض أن يبين الخطأ الذى وقع من التابع والأدلة التى استظهر منها وقوع هذا الخطأ .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" لئن كانت محكمة الموضوع بدرجتيها قد أوضحت - فى أسبابها- أن خطأ المطعون ضده الثانى (التابع) يتمثل فى قيادته السيارة بحالة ينجم عنها الخطر على الأشخاص والأموال مما أدى إلى اصطدامها بسيارة المطعون ضده الأول ، إلا أن المحكمة لم تفصح عن المصدر الذى استظهرت منه ثبوت هذا الخطأ ، وما إذا كان ذلك من التحقيقات التى أجرتها محكمة أول درجة أو من التحقيقات التى تمت فى الجنحة ومن ثم فإن الحكم المطعون فيه يكون قاصرا " .

(طعن رقم ٥٨٧ لسنة ٤٥ ق جلسة ١٩٧٨/١٠/٢٦)

٤٧ـ (ثانيا) : صدور الخطأ من التابع حال تأدية وظيفته أو بسببها :

(أ) صدور الخطأ من التابع حال تأدية وظيفته :

تنص الفقرة الأولى من المادة على أن : " يكون المتبوع مسئولا عن الضرر الذى يحدثه تابعه بعمله غير المشروع ، متى كان واقعا منه **فى حالة تأدية وظيفته أو بسببها** " .

فيشترط إذن لمسئولية المتبوع عن الضرر الذى يحدثه تابعه بعمله غير المشروع ، إما أن يكون واقعا منه فى حالة تأدية وظيفته أو بسبب تأدية هذه الوظيفة .

ومن الأمثلة على مسئولية المتبوع عن خطأ التابع الذى يقع حال تأديته وظيفته ، أن يصدم سائق سيارة النقل المشترك عابر طريق أو سيارة أخرى فى أثناء قيادته السيارة فى خط سيره العادى فيقتله أو يصيبه أو تفلت قطعة أثاث من يدى الخادم فى أثناء قيامه بتنظيفها فى شرفة المنزل الذى يعمل فيه فيصيب أحد المارة ، أو يتسلم بواب المنزل رسالة لأحد ساكنيه فيختلس ما فيها أو يتلفه ، أو يخالف الطبيب أصول مهنة الطب فى إجراء عملية جراحية وتؤدى المخالفة إلى وفاة المريض أو يقتل الخفير صرافا عهد إليه العمدة بحراسته ، أو يسرق ساعى البريد خطابا تسلمه بحكم وظيفته . أو يقصر عامل الجراح فى حراسة سيارة مودعة لديه فتسرق [١].

٤٨- لايشترط أن يكون الضرر ناشئا من تأدية الوظيفة نفسها :

لايشترط أن يكون الضرر ناشئا من تأدية الوظيفة نفسها ، بل يكفى أن يكون الضرر قد وقع حال تأدية الوظيفة ولو لم يكن من أعمال الوظيفة .

---

(١) محمود جمال الدين زكى ص ٢٩٧- سمير تناغو ونبيل سعد ص ٣٦٠.

قد قضت محكمة النقض- الدائرة الجنائية – بأن :

١- " إن القانون إذ نص فى المادة ١٥٢ مدنى على إلزام السيد بتعويض الضرر الناشئ عما يقع به من خدمه أثناء تأدية وظائفهم إنما قصد بهذا النص المطلق أن يحمل المخدوم المسئولية المدنية عن الضرر الناتج عن كل فعل غير مشروع يقع من تابعه . وذلك على الإطلاق متى كان الفعل قد وقع فى أثناء تأدية الوظيفة ، بغض النظر عما إذا كان قد ارتكب لمصلحة التابع خاصة أو لمصلحة المخدوم، وعما إذا كانت البواعث التى دفعت إليه لا علاقة لها بالوظيفة أومتصلة بها . أما إذا كان الفعل لم يقع من التابع وقت تأدية وظيفة بالذات ففى هذه الحالة تقوم المسئولية كلما كانت الوظيفة هى التى ساعدت على إتيان الفعل الضار وهيأت للتابع بأية طريقة كانت فرصة ارتكابه لأن المخدوم يجب أن يسأل فى هذه الحالة على أساس إساءة خدمه استعمال الشئون التى عهد هو بها إليهم متكفلا بما افترضه القانون فى حقه من وجوب مراقبتهم وملاحظتهم فى كل ما تعلق بها . فإذا كان الخطأ الذى وقع من المتهم وضربه المدعى بالحق المدنى إنما وقع منه بوصفه خفيرا ، وفى الليل ، وفى الدرك المعين لتأدية خدمته فيه ، وبالسلاح المسلم إليه من الحكومة التى استخدمته ، وأنه إنما تذرع بوظيفته فى التضليل بالمجنى عليه حتى طاوعه وجازت عليه الخدعة ، ثم تمكن

من الفتك به ، مما يقطع بأنه قد ارتكب هذا الخطأ أثناء تأديته وظيفته ، وبأن وظيفته هذه هي التي سهلت له ارتكاب جريمته ، فمسئولية الحكومة عن تعويض الضرر الذي تسبب فيه المتهم باعتباره خفيرا معينا من قبلها ثابتة : سواء على أساس أن الفعل الضار وقع منه أثناء تأدية وظيفته ، أو على أساس أن الوظيفة هي التي هيأت له ظروف ارتكابه . ولا يرفع عنها هذه المسئولية أن يكون المتهم لم يرتكب فعلته إلا بعامل شخصي خاص به وحده ولا شأن لها هي به ، أو ألا يكون هناك من دليل على وقوع أي خطأ من جانبها ، فإن مسئوليتها عن عمل خادمها في هذه الحالة مفترضة بحكم القانون على أي الأساسين المذكورين ".

(طعن رقم ٦٥١ لسنة ١١ ق جلسة ١٩٤١/١/٢٧) [1]

---

(١) وعكس ذلك نقض جنائي طعن ١٩٣٣/١/١٠ المحاماة السنة ١٤ حكم رقم ٤ صحيفة ٥ وقد جاء به " ومن حيث إن الوقائع التي عني الحكم المطعون فيه إثباتها ما يلفت النظر ، إذ قرر أن المتهم ذهب مع العمدة لإبطال السواقي التي كانت تدار لري الشراقي وأبطلا الساقية التي كان يديرها المجني عليه ووالداه ، غير أنه بعد انصراف العمدة والخفراء عاد المتهم ومعه خفير آخر وأصر على أن يعطل ساقية المجني عليه . فخلع الجازية وخلع الطين المثبت بها بواسطة فأس صغيرة . ولما اعترضه المجني عليه تماسك الاثنان وتجارى المتهم على ضرب المجني عليه بالكف أولا ثم ضربه عمدا بيد الفأس المذكورة في بطنه فكان ذلك سببا في وفاة المجني عليه ، وقد قضى الحكم بإلزام المتهم مع

٢- " إن مقتضى المادة ١٥٢ من القانون المدنى أن يكون السيد مسئولا عن الضرر الناشئ عن خطأ خادمه سواء أكان الخطأ قد وقع أثناء تأدية الوظيفة أم كانت الوظيفة هى التى هيأت أو سهلت ارتكابه . فإذا كان الثابت بالحكم أن السائق وهو ينتظر زوجة مخدومه ترك السيارة وبها مفتاح الحركة فى عهدة تابع آخر لمخدومه (خفير زراعة) فعبث هذا التابع وهو يجهل القيادة بالمفتاح ، فانطلقت السيارة على غير هدى ، وأصابت المجنى عليهما ،

وزارة الداخلية بالتعويض بطريق التضامن . لأنه ارتكب جريمته أثناء قيامه بأداء أعمال وظيفته بصفته خفيرا . ولأن الوزارة مسئولة عما يقع منه طبقا للنصوص القانونية التى تجعل السيد مسئولا عن أعمال تابعه أثناء قيامه بالأعمال المنوطة به ، والحكم على هذا الوجه قد يستقيم إذا لم يوجد بوقائع الدعوى التى عنى الحكم نفسه بإثباتها ما يشعر بجواز أن يكون الخفير إنما اعتدى على المجنى عليه بدافع الانتفاع إرضاء لضغينة سابقة كما تقول الوزارة ، فإن فى عودة الخفير إلى المجنى عليه بعد إبطال ساقيته . وإصراره على تعطيلها تعطيلا تاما بخلع جازيتها وهدم الطين المثبتة به . ما يصح أن يحمل على الظن بأن هذا التزيد قد يكون منبعثا عن دافع شخصى لا علاقة له بعمل الوظيفة ، وأن الخفير إنما أراد بذلك الإمعان فى الكيد للمجنى عليه شفاء لحزازات أو أحقاد شخصية . فوقع بعد ذلك ما وقع من الاعتداء على حياة المجنى عليه ، فكان حقا على المحكمة لقاء ذلك كله . أن تعرض فى حكمها لهذه الواقعة بالنفى أو الإثبات . لأنها من الوقائع الجوهرية التى قد تغير موقف الحكومة بالنسبة للمسئولية المدنية " .

(راجع فى نقد هذا الحكم مصطفى مرعى ص٢٢٢ ومابعدها) .

وقضت المحكمة بإدانة السائق والخفير وألزمهما مع مخدومها متضامنين بالتعويض المدنى ، فإن المحكمة لا تكون قد أخطأت فى اعتبارها المخدوم مسئولا مدنيا مع خادميه ، لأن إصابة المجني عليهما قد تسببت عن خطأ السائق أثناء قيامه بعمله عند مخدومه وعن خطأ الخفير وهو يؤدى لسيده عملا ما كان ليؤديه لو لم يكن خفيرا عنده " .

(طعن رقم ٥٦ لسنة ١١ ق جلسة ١٩٤٠/١٢/٢٣) [(١)]

---

(١) وعكس ذلك طعن رقم ٨٠٦ لسنة ٤٨ ق جلسة ١٩٣١/٣/٢٩ فقد جاء به :

" يجب لتطبيق المادة ١٥٢ مدنى بالنسبة للمخدوم أن يكون الضرر الذى وقع من خادمه على الغير حاصلا أثناء تأديته عملا مسلطا على أدائه من قبل المخدوم وإلا كان الخادم هو المسئول وحده عن التعويض المدنى. وعليه فلا تطبق هذه المادة فى صورة ما إذا أخذ سائس سيارة مخدومه فى غفلة منه واستعملها خلسة لمصلحته الشخصية فإن الضرر الذى ينشأ فى هذه الحالة يكون المسئول عنه وعن التعويض المدنى المترتب عليه هو السائس وحده إذ السائس مخصص لعمل غير قيادة السيارة ولم يكن استعماله للسيارة حاصلا فى شأن من شئون مخدومه .

ولا يمكن إدخال السيد متضامنا مع السائس فى التعويض فى هذه الحالة التى يعتبر فيها السائس متلصصا على مال سيده فى غفلة منه .

ولا يجوز أيضا تطبيق المادة ١٥١ مدنى برغم أن السيد مكلف على كل حال بملاحظة خادمه ورعايته ، فإن عبارة تلك المادة خاصة مبدئيا بمسئولية المكلفين بملاحظة القصر وغيرهم من عديمى التمييز ".

٣- " إن نص المادة ١٥٢ مدنى صريحة فى وجوب مساءلة المخدوم مدنيا عن كل ما يقع من خادمه حال تأدية عمله . وذلك بقطع النظر عن البواعث التى تكون قد دفعه إلى ارتكاب ما ارتكب. ومسئوليته هذه تقوم على افتراض سوء الاختيار والنقص فى المراقبة من جانبه . فمتى وقع الخطأ من الخادم أثناء تأديته عمله فقد ترتبت مسئولية سيده مدنيا عن هذا الخطأ ، سواء أكان ناشئا عن باعث شخصى للخادم أو عن الرغبة فى خدمة السيد ".

(طعن رقم ١٨٩٦ لسنة ٧ ق جلسة ١٩٣٧/١١/٨)

كما قضت محكمة النقض – الدائرة المدنية – بأن :

١- " لا يشترط لانطباق المادة ١٥٢ من القانون المدنى إلا أن يكون الخطأ الذى نشأ الضرر عنه قد وقع من الخادم فى أثناء قيامه بتأدية عمله . فمتى توافر ذلك ثبتت مسئولية السيد بحكم القانون بغض النظر عما إذا كان قد أحسن أو أساء فى اختيار خادمه أو فى مراقبته ، وبغض النظر عما إذا كان الخادم فيما وقع منه قد خالف أو أطاع أوامره . وذلك لأن هذه المسئولية إنما فرضها القانون مفترضا قيام موجبها على الدوام ".

(طعن رقم ٣٧ لسنة ٦ ق جلسة ١٩٣٦/١١/١٢)

٢- " المادة ١٥٢ إذ تقرر مسئولية السيد عن " الضرر الناشئ للغير عن أفعال خدمه متى كان واقعا منهم فى حالة تأدية وظائفهم "

قد عممت فلم تجعل المسئولية واجبة فقط عن الأضرار الناشئة عن تأدية الوظيفة نفسها بل جعلتها واجبة أيضا عن الأضرار الناشئة عن كل فعل وقع حال تأدية الوظيفة ولو لم يكن من أعمال الوظيفة ذاتها ولكن هيأه للخادم أداؤه الوظيفة بحيث لولا هذا الأداء ما كان هذا الفعل ليقع كما وقع . فإذا كان الضرر الذى وقع من الموظف نتيجة عبثه بسلاح تسلمه بحكم وظيفته فالوزارة التى هو تابع لها مسئولة عن تعويض هذا الضرر " .

(طعن رقم ١١٥ لسنة ١٥ ق جلسة ١٩٤٦/١١/٢٨)

٤٩ـ لا عبرة بالباعث الذى دفع بالتابع لارتكاب الخطأ :

لا عبرة بالباعث الذى حدا بالتابع إلى ارتكاب الخطأ طالما أنه ارتكب حال تأدية وظيفته ، فيستوى أن يكون الخطأ قد ارتكب لمصلحة التابع الخاصة أو لمصلحة المتبوع ، وعما إذا كانت البواعث التى دفعت إليه لا علاقة لها بالوظيفة أو متصلة بها .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" إذ حدد القانون نطاق مسئولية المتبوع عن أعمال تابعه بأن يكون العمل الضار غير المشروع واقعا من التابع حال تأدية الوظيفة أو بسببها لم يقصد أن تكون المسئولية مقتصرة على خطأ التابع ، وهو يؤدى عملا من أعمال وظيفته أو أن تكون الوظيفة هى السبب المباشر لهذا الخطأ ، أو أن تكون ضرورية لإمكان

وقوعه، بل تتحقق المسئولية أيضا كلما كان فعل التابع قد وقع منه أثناء تأدية الوظيفة أو كلما استغل وظيفته أو ساعدته هذه الوظيفة على إتيان فعله غير المشروع أو هيأت له بأى طريقة كانت فرصه أرتكابه ، سواء ارتكبه لمصلحة المتبوع ، أو عن باعث شخصى ، وسواء أكان الباعث الذى دفعه إليه متصلا بالوظيفة ، أو لا علاقة له بها ، وسواء وقع الخطأ بعلم المتبوع أو بغير علمه " .

(طعن رقم ٥٨٥ لسنة ٤١ ق جلسة ١٩٧٦/٣/١٨)

(راجع أيضا : نقض جنائى طعن رقم ٦٥١ لسنة ١١ ق جلسة ١٩٤١/١/٢٧ – طعن رقم ١٨٩٦ لسنة ٧ ق جلسة ١٩٣٧/١١/٨ منشورين بالبند السابق) .

٥٠ـ لا يشترط وقوع الخطأ من التابع بناء على أمر من المتبوع :

لايشترط لتحقق مسئولية المتبوع ، أن يكون الخطأ الذى وقع من التابع ، قد وقع بناء على أمر من المخدوم أو بغير أمر منه ولكن بعلمه ، أو بغير علم منه، أو وقع الخطأ بالرغم من معارضته وتحذيره التابع [١].

(راجع نقض طعن رقم٣٧ لسنة ٦ ق جلسة ١٩٣٦/١١/١٢ المنشور ببند ٤٨ – طعن رقم ٥٨٥ لسنة ٤١ ق جلسة ١٩٧٦/٣/١٨ المنشور بالبند السابق) .

---

(١) السنهورى ص ٨٧٢ – عبد المنعم الصده ص ٥٥١ .

٥١-(ب) - وقوع الفعل غير المشروع بسبب تأدية التابع وظيفته :

تنص الفقرة الأولى من المادة على أن : " يكون المتبوع مسئولا عن الضرر الذى يحدثه تابعه بعمله غير المشروع متى كان واقعا منه فى حال تأدية وظيفته أو بسببها ".

والمقصود بوقوع الضرر الذى يحدثه التابع بعمله غير المشروع " بسبب تأديته وظيفته " أن يكون خطأ التابع قد وقع وهو يؤدى عملا من أعمال وظيفته . أو أن تكون الوظيفة هى السبب المباشر لهذا الخطأ . أو أن تكون الوظيفة ضرورية لإمكان وقوعه .

أو كلما استغل التابع وظيفته أو ساعدته هذه الوظيفة على إتيان فعله غير المشروع أو هيأت له الوظيفة بأية طريقة كانت فرصة ارتكابه [١].

---

(١) وكانت المادة (٢١٣/١٥٢) من التقنين المدنى القديم تقصر مسئولية المتبوع عن فعل تابعه الذى يقع منه حال تأدية وظيفته . ومع ذلك توسع القضاء فى تفسير هذه العبارة ، لتشمل خطأ التابع بسبب تأدية وظيفته ، فضلا عن الخطأ الذى يرتكبه فى قيامه بأعمال وظيفته ، بل اكتفى القضاء فى عدة أحكام أصدرتها الدائرة الجنائية بمحكمة النقض بخطأ ينسب إلى التابع بمناسبة قيامه بأعمال الوظيفة ، لتقوم مسئولية المتبوع (مذكرة المشروع التمهيدى مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٢ ص ٤١٣ ومابعدها – محمود جمال الدين زكى ص ٢٩٧) .

فقد قضت محكمة النقض – الدائرة الجنائية – بأن :

" السيد مسئول عن خطأ تابعه ، ولو كان الخطأ قد وقـع منـه أثناء تجاوزه حدود وظيفته إذا كانت الوظيفة هى التى هيـأت لـه إتيان الخطأ المستوجب للمسئولية " .

(طعن رقم ٢٤٨٢ لسنة ٦ ق جلسة ١٩٣٧/٣/٢٢)

" أن مسئولية السيد مدنيا عن أخطاء خادمه تقوم قانونا على ما يفترض فى حق المتبوع من الخطأ والتقصير فى اختيار تابعـه أو فى رقابته عليه . وإذن فلا يشترط فيها وقـوع تحـريض منـه أو صدور أى عمل إيجابى آخر بل هى تتحقق بالنسبة له ولـو كـان غائبا أو غير عالم بتاتا بما وقع من تابعه إذ يكفى فى ذلك أن تكون صفة التابع أو وظيفته هى التى هيأت له ارتكاب الجريمة وساعدته على ارتكابها ولو لم تكن قد وقعت أثناء الخدمة " .

(طعن رقم ١٦٧٠ لسنة ٩ ق جلسة ١٩٣٩/١١/٦)

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " متى كان الثابت أن التابع هو مستخدم لدى وزارة الداخلية فى وظيفة بوليس ملكى وأن الوزارة سلمته لمقتضيات وظيفته سلاحا ناريا وتركته يحمله فى جميع الأوقات وأنه ذهب حاملا هذا السلاح إلى حفلة عرس دعى إليها وهنالك أطلق السلاح إظهارا لمشـاعره الخاصة فأصاب أحد الحاضرين ، فإن وزارة الداخلية تكون مسئولة

عن الأضرار التى أحدثها تابعها بعمله هذا غيـر المشـروع . ولا يؤثر فى قيام مسئوليتها أن يكون تابعها قد حضر الحفـل بصـفته الشخصية مادام عمله الضار غير المشروع متصلا بوظيفتـه ممـا يجعله واقعا منه بسبب هذه الوظيفة وفقا لحكم المـادة ١٥٢ مـدنى قديم الذى لا يفترق فى شئ عن حكم المادة ١٧٤ مدنى جديد " .

(طعن رقم ٣٧٠ لسنة ٢٢ ق جلسة ١٩٥٦/٥/٣)

٢- " المقرر فى قضاء محكمة النقض أن القانون المدنى أقـام فى المادة ١٧٤ منه مسئولية المتبوع عن الضرر الذى يحدثه تابعه بعمله غير المشروع على خطأ مفترض فى جانب المتبوع فرضا لا يقبل إثبات العكس ، مرجعه سوء اختياره لتابعه . وتقصـيره فـى رقابته وأن القانون إذ حدد نطاق هذه المسئولية بأن يكـون العمـل الضار غير المشروع واقعا من التابع " حال تأدية الوظيفة أو بسببها" لم يقصد أن تكون المسئولية مقتصره على التابع وهو يؤدى عمـلا من أعمال وظيفته ، أو أن تكون الوظيفة هى السبب المباشر لهـذا الخطأ، أو أن تكون ضرورية لإمكان وقوعه ، بل تتحقق المسئولية أيضا كلما كان فعل التابع قد وقع منه أثناء تأدية الوظيفة أو كلمـا استغل وظيفته أو ساعدته هذه الوظيفة علـى إتيـان فعلـه غيـر المشروع أو هيأت له بأية طريقة كانت فرصة ارتكابـه ، سـواء ارتكبه التابع لمصلحة المتبوع أو عن باعث شخصى ، وسواء أكان

الباعث الذى دفعه إليه متصلا بالوظيفة أو لا علاقة له بها ، وسواء وقع الخطأ بعلم المتبوع أو بغير علمه " .

(طعن رقم ٤٦٩ لسنة ٣٦ ق جلسة ١٩٧١/٦/١)

٣- " إذ حدد القانون نطاق مسئولية المتبوع عن أعمال تابعه بأن يكون العمل الضار غير المشروع واقعا عن التابع حال تأدية الوظيفة أو بسببها لم يقصد أن تكون المسئولية مقتصرة على خطأ التابع ، وهو يؤدى عملا من أعمال وظيفته أو أن تكون الوظيفة هى السبب المباشر لهذا الخطأ ، أو أن تكون ضرورية لإمكان وقوعه ، بل تتحقق المسئولية أيضا كلما كان فعل التابع قد وقع منه أثناء تأدية الوظيفة أو كلما استغل وظيفته أو ساعدته هذه الوظيفة على إتيان فعله غير المشروع أو هيأت له بأى طريقة كانت فرصة ارتكابه ، سواء ارتكبه لمصلحة المتبوع ، أو عن باعث شخصى ، وسواء أكان الباعث الذى دفعه إليه متصلا بالوظيفة ، أولا علاقة له بها ، وسواء وقع الخطأ بعلم المتبوع أو بغير علمه " .

(طعن رقم ٥٨٥ لسنة ٤١ ق جلسة ١٩٧٦/٣/١٨)

٤- " من المقرر – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – أن المشرع بصدد تحديد نطاق مسئولية المتبوع وفقا لحكم المادة ١٧٤ من القانون المدنى لم يقصد أن تكون المسئولية مقتصرة على مسئولية التابع وهو يؤدى عملا من أعمال وظيفته أو أن تكون

الوظيفة هى السبب المباشر لهذا الخطأ أو أن تكون ضرورية لإمكان وقوعه ، بل تتحقق المسئولية أيضا كلما استغل التابع الوظيفة أو ساعدتها هذه الوظيفة على إتيان فعله غير المشروع ، أو هيأت له بأى طريقة كانت فرصة ارتكابه ، سواء ارتكبه لمصلحة المتبوع أو عن باعث شخصى ، سواء كان الباعث الذى دفعه إليه متصلا بالوظيفة أو لا علاقة له بها ، وسواء وقع الخطأ بعلم المتبوع أو بغير علمه ".

(طعنان رقما ٢٥١، ٣٠٩ لسنة ٥٥ق جلسة ١٩٩٠/١/٣٠)

٥- أساس مسئولية المتبوع ما للمتبوع من سلطة فعلية فى إصدار الأوامر إلى التابع فى طريقة أداء عمله والرقابة عليه فى تنفيذ هذه الأوامر الذى تقوم به سلطة التوجيه والرقابة فى جانب المتبوع ، ومتى انعدم هذا الأساس فلا يكون التابع قائما بوظيفته لدى المتبوع ولا يكون الأخير مسئولا عن الفعل الخاطئ الذى يقع من التابع . لما كان ذلك وكان البين بالأوراق أن المتهم قتل أبناء المطعون عليهما فى منزلهما فى الوقت الذى كان متغيبا فيه عن عمله ومستغلا عدم تواجدهما به ، ومن ثم فإنه وقت ارتكاب العمل غير المشروع لم يكن يؤدى عملا من أعمال وظيفته ، وإنما وقعت الجريمة خارج زمان الوظيفة ومكانها ونطاقها وفى الوقت الذى تخلى فيه عن عمله الرسمى فتكون الصلة قد انقطعت بين وظيفته

وبين العمل غير المشروع الذى ارتكبه ، ويكون حرا يعمل تحت مسئوليته وحده دون أن يكون للطاعنة سلطة التوجيه والرقابة عليه وهى مناط مسئوليتها ، ومن ثم لايكون التابع قد ارتكب الفعل الضار حال تأدية وظيفته أو بسببها ، فتنتفى مسئولية الطاعنة عن التعويض المطالب به ولا يغير من ذلك أن المتهم تربطه علاقة عمل مع والدة المجنى عليهم - المطعون عليها الثانية - وسبق تهديده لها يوم أن قامت بإثبات تأخره عن العمل بدفتر الحضور أو تردده على منزل المطعون عليهما وتعاملهما معه على أساس هذه العلاقة ، إذ لا شأن لهذه العوامل بأعمال الوظيفة التى لا يربطها بواقعة القتل رابطة بحيث لولاها ما كانت الجريمة قد وقعت ".

(طعن رقم ١٩١٩ لسنة ٦٠ ق جلسة ١٩٩٥/٣/١٢)

٦- المقرر- فى قضاء هذه المحكمة- أن القانون المدنى إذ نص فى المادة ١٧٤ منه على أن " (١) يكون المتبوع مسئولا عن الضرر الذى يحدثه تابعه بعمله غير المشروع ، متى كان واقعا منه فى حالة تأدية وظيفته أو بسببها . (٢) وتقوم رابطة التبعية ، ولو لم يكن المتبوع حرا فى فى اختيار تابعه متى كانت له عليه سلطة فعلية فى رقابته وفى توجيهه " قد أقام هذه المسئولية على خطأ مفترض فى جانب المتبوع فرضا لا يقبل إثبات العكس مرجعه سوء اختياره لتابعه وتقصيره فى رقابته ، وأن القانون إذ حدد نطاق

هذه المسئولية بأن يكون العمل الضار غير المشروع واقعا من التابع حال تأدية الوظيفة أو بسببها لم يقصد أن تكون المسئولية مقتصرة على خطأ التابع وهو يؤدى عملا من أعمال وظيفته ، أو أن تكون الوظيفة هى السبب المباشر لهذا الخطأ ، أو أن تكون ضرورية لإمكان وقوعه ، بل تتحقق المسئولية أيضا كلما كان فعل التابع قد وقع منه أثناء تأدية الوظيفة ، أو كلما استغل وظيفته أو ساعدته هذه الوظيفة على إتيان فعله غير المشروع أو هيأت له بأية طريقة كانت فرصة ارتكابه ، سواء ارتكبه التابع لمصلحة المتبوع أو عن باعث شخصى ، وسواء أكان الباعث الذى دفعه إليه متصلا بالوظيفة أو لا علاقة له بها ، وسواء وقع الخطأ بعلم المتبوع أو بغير علمه ".

(ب)- " لما كان الثابت من الحكم المطعون فيه أن التابع المسئول ضابط بالقوات المسلحة يعمل تحت رئاسة المطعون ضده- وزير الدفاع – وأنه قتل مورثى الطاعنين بمسدسه الحكومى الذى فى عهدته بحكم وظيفته فإن وظيفته لدى المطعون ضده تكون قد هيأت له فرصة إتيان عمله غير المشروع إذ لولا هذه الوظيفة وما يسرته لصاحبها من حيازة السلاح النارى المستعمل فى قتل مورثى الطاعنين لما وقع الحادث منه وبالصورة التى وقع بها ، ويكون المطعون ضده مسئولا عن الضرر الذى أحدثه الضابط

بعمله غير المشروع ، وإذ نفى الحكم المطعون فيه مسئولية المطعون ضده عن هذا الضرر قولا منه أن الخطأ الذى قارفه التابع منبت الصلة بعمله مكانا وزمانا وأنه لا توجد علاقة سببية وثيقة بين الخطأ والوظيفة فإنه يكون معيبا بالخطأ فى تطبيق القانون " .

(طعنان رقما٧٢٣ ، ٨٠٧ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٩٧/٤/٨)

٥٢- انتفاء مسئولية المتبوع إذا كان المضرور يعلم أو كان فى استطاعته أن يعلم بمجاوزة التابع حدود الوظيفة :

لايسأل المتبوع ولو كان خطأ التابع قد وقع بسبب الوظيفة ، إذا كان المضرور يعلم أو كان فى استطاعته أن يعلم بمجاوزة التابع حدود الوظيفة ، وذلك لأن المضرور فى هذه الحالة يدرك أن التابع يعمل لحساب نفسه لا لحساب متبوعه، فيكون قد عامله بصفته الشخصية لا باعتباره تابعا(١) .

وفى هذا قضت محكمة النقض – الدائرة الجنائية – بأن :

" إن المادة ١٥٢ من القانون المدنى حين قضت بمساءلة السيد أو المتبوع عن أفعال خدمه أو أتباعه لم تشترط إلا أن يكون فعل الخادم أو التابع واقعا منه حال تأدية وظيفته ، ولا يلزم أن يكون الفعل قد وقع من التابع وفقا لتعليمات متبوعه ، بل يكفى أن يكون

---

(١) عبد المنعم الصده ص ٤٥٤– محمد كمال عبد العزيز ص١٦٠٩ .

قد وقع بفضل ما هيأته الوظيفة له من فرص مناسبة لارتكابه ولو كان التابع فيما أتى قد أساء التصرف أو جاوز الحد حتى خالف أوامر متبوعه . وإذن فبحسب المضرور أن يكون حين تعامل مع التابع معتقدا صحة الظاهر من أن التابع يعمل لحساب متبوعه ، أما إذا كان قد تعامل معه عالما بأنه يعمل لحساب نفسه ، ومن باب أولى أنه يخالف أوامر متبوعه ونواهيه ، وأن المعاملة إنما كانت تقوم على أساس ذلك ، عندئذ لا يكون بالبداهة ثمة وجه لتضمين المتبوع . فإذا كان الحكم صريحا فى أن المدعى بالحقوق المدنية حين تعامل مع المتهم المستخدم فى بنك كان ، ولا شك ، يعلم أنه يعمل لحساب نفسه وأن عمله محل التعامل خارج عن وظيفته ومناف لتعليمات البنك وأغراضه ، فإنه لا يكون للمدعى وجه لمطالبة البنك عن تعويض الضرر الذى وقع ".

(طعن رقم ١٨٦٣ لسنة ١٦ ق جلسة ١٩٤٦/١١/١١)

٢- " إذ نص الشارع فى المادة ١٧٤ من القانون المدنى على أن المتبوع يكون مسئولا عن الضرر الذى يحدثه تابعه بعمله غير المشروع متى كان واقعا منه حال تأدية وظيفته أو بسببها فهو إنما أقام المسئولية على خطأ مفترض من جانب المتبوع يرجع إلى سوء اختياره تابعه وتقصيره فى رقابته ولايشترط فى ذلك أن يكون المتبوع قادرا على الرقابة والتوجيه من الناحية الفنية ، بل يكفى أن

يكون من الناحية الإدارية هو صاحب الرقابة والتوجيه ، كما أن علاقة التبعية لا تقتضى أن يكون التابع مأجورا من المتبوع على نحو دائم ، وبحسب المضرور أن يكون حين تعامل مع التابع معتقدا صحة الظاهر من أن التابع يعمل لحساب متبوعه " .

(طعن رقم ٥٦٦ لسنة ٤٣ ق جلسة ١٩٧٣/٢/١١)

كما قضت محكمة النقض – الدائرة المدنية – بأن :

" النص فى المادة ٣٠ من قانون التجارة البحرى على مسئولية مالك السفينة مدنيا عن أعمال ربانها وإلزامه بوفاء ما التزم به فيما يختص بالسفينة وتسفيرها ، وإن كان لا يواجه إلا حالة المالك المجهز ، إلا أنه إذا قام المالك بتأجير السفينة إلى الغير بمشارطة إيجار مؤقتة time charter مع ما يترتب على هذا التأجير من انتقال الإدارة التجارية للسفينة إلى المستأجر وتبعية ربانها له فى هذه الإدارة فإن مسئولية المالك مع ذلك لاتنتفى إلا إذا كان المتعاقد مع الربان يعلم بهذا التأجير أو كان عليه أن يعلم به ، أو إذا كان قد منح ائتمانه إلى المستأجر شخصيا رغم جهله بصفته كمستأجر . وإذ كان دفاع الطاعنة يقوم على عدم انتفاء مسئولية المالك للسفينة عند تأجيرها للغير ، وعلى أن إخطارها بمعرفة الربان بموعد وصول السفينة يستلزم قيامها بالأعمال التى تطالب بقيمتها طبقا

للعرف السائد الذى تقول بقيامه ، فإن الحكم المطعون فيه إذ التفت عن هذا الدفاع الجوهرى وأقام قضاءه برفض دعوى الطاعنة على انتفاء العلاقة بينها وبين الشركة المالكة للسفينة لمجرد ثبوت تأجيرها للغير بمشارطة موقوتة ، ودون أن يتعرض لبحث مدى مسئولية كل من المالك والمستأجر قبل الغير فى حالة تأجير السفينة، ودون أن يتحقق من علم الشركة الطاعنة بهذا التأجير ومداه وما اتجه إليه قصدها عند منح ائتمانها وأثر ذلك على الدعوى، خاصة وأن هذا التأجير لا يترتب عليه فى جميع الحالات رفع مسئولية المالك فإنه يكون قد أخطأ فى القانون ، وشابه قصور فى التسبيب " .

(طعن رقم ٢٨٨ لسنة ٣٩ ق جلسة ١٩٧٥/٢/٢٧)

٥٣- انتفاء العلاقة بين الفعل غير المشروع وعمل التابع :

ذكرنا سلفا أن مناط مسئولية المتبوع أن يقع الفعل غير المشروع أثناء أو بسبب تأدية وظيفة التابع بالتفصيل السالف ذكره.

ومن ثم فإنه يترتب على انتفاء العلاقة بين الفعل الضار وعمل التابع بأن ارتكب التابع العمل غير المشروع فى غير أوقات العمل وقت أن تخلى عن عمله لدى المتبوع وانقطعت الصلة بين عمله وبين العمل غير المشروع ، فإن مسئولية المتبوع عن خطأ تابعه تضحى منتفية .

وفى هذا قضت محكمة النقض بـأن :

١-" أساس مسئولية المتبوع ماللمتبوع من سلطة فعلية فى إصدار الأوامر إلى التابع فى طريقه أداء عمله والرقابة عليه فى تنفيذ هذه الأوامر ومحاسبته عن الخروج عليها وهو الأمر الـذى تقـوم بـه سلطة التوجيه والرقابة فى جانب المتبوع ، ومتى انعدم هذا الأساس فلا يكون التابع قائما بوظيفته لدى المتبوع ولا يكون الأخير مسئولا عن الفعل الخاطئ الذى يقع من التابع . لما كان ذلك وكـان البـين بالأوراق أن المتهم قتل أبناء المطعون عليها فى منزلها فى الوقـت الذى كان متغيبا فيه عن عمله ومستغلا عدم تواجدهما به ، ومن ثم فإن وقت ارتكاب العمل غير المشروع لم يؤد عملا مـن أعمـال وظيفته ، وإنما وقعت الجريمة خـارج زمـان الوظيفـة ومكانهـا ونطاقها وفى الوقت الذى تخلى فيه عن عمله الرسمى فتكون الصلة قد انقطعت بين وظيفته وبين العمل غير المشروع الذى ارتكبـه ، ويكون حرا يعمل تحت مسئوليته وحـده دون أن يكـون للطاعنـة سلطة التوجيه والرقابة عليه وهى مناط مسئوليتها ، ومن ثم لايكون التابع قد ارتكب الفعل الضار حال تأدية وظيفته أو بسببها ، فتنتفى مسئولية الطاعنة عن التعويض المطالب به ولا يغير من ذلـك أن المتهم تربطه علاقة عمل مع والدة المجنى عليهم - المطعون عليها الثانية - وسبق تهديده لها يوم أن قامت بإثبات تأخره عـن العمـل

بدفتر الحضور أو تردده على منزل المطعون عليهما وتاملهما معه على أساس هذه العلاقة ، إذ لا شأن لهذه العوامل بأعمال الوظيفة التى لا تربطها بواقعة القتل رابطة بحيث لولاها ما كانت الجريمة قد وقعت " .

(طعن رقم ١٩١٩ لسنة ٦٠ ق جلسة ١٩٩٥/٣/١٢)

٢- " أساس مسئولية المتبوع ما للمتبوع من سلطة فعلية فى إصدار الأوامر إلى التابع فى طريقة أداء عمله ، والرقابة عليه فى تنفيذ هذه الأوامر ومحاسبته على الخروج عليها ، وهو الأمر الذى تقوم به سلطة التوجيه والرقابة فى جانب المتبوع ، فإذا انعدم هذا الأساس فلا يكون التابع قائما بوظيفته لدى المتبوع ولا يكون الأخير مسئولا عن الفعل الخاطئ الذى يقع من التابع ، لما كان ذلك وكان البين من الأوراق أن المطعون عليه الثانى هتك عرض المجنى عليها فى منزله فى الوقت الذى كان يعطيها فيه درسا خاصا ، ومن ثم فإنه وقت ارتكابه العمل غير المشروع لم يكن يؤدى عملا من أعمال وظيفته وإنما وقعت الجريمة منه خارج زمان الوظيفة ومكانها ونطاقها وفى الوقت الذى تخلى فيه عن عمله الرسمى فتكون الصلة قد انقطعت بين وظيفته وبين العمل غير المشروع الذى ارتكبه ، ويكون المطعون عليه الثانى حرا يعمل تحت مسئوليته ، ومن ثم لا يكون المطعون عليه الثانى قد

ارتكب العمل حال تأدية وظيفته أو بسببها ، فتنتفى مسئولية الطاعن عن التعويض المطالب به " .

(طعن رقم ٢٧٧٥ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٩٢/٧/١٩)

٥٤ـ مسئولية الحكومة عن أعمال التابع :

يفرقون فى فرنسا فى صدد مسئولية الحكومة عن موظفيها بين الخطأ المصلحى (الإدارى) [١] وبين الخطأ الشخصى ، وهنـــاك لا تسأل الحكومة وفقا لأحكام مجلس الدولة إلا عن النوع الأول مـــن الخطأ، أما النوع الثانى فإن تبعته تقع علـــى عـــاتق الموظـــف أو المستخدم وحده دون الحكومة .

وقد اضطرد القضاء فى مصر على عدم الأخذ بهذه التفرقـــة، وعلى إخضاع مسئولية الحكومة عن أعمال موظفيها لقواعد القانون المدنى التى ترتب مسئولية المتبوع من عمل التابع [٢].

وعلى ذلك تسأل الحكومة عن خطـــأ موظفيهـــا مهمـــا علـــت درجاتهم وسمت مراكزهم كما يسأل المتبوع عن تابعه أخذا بحكـــم المادة ١٧٤ مدنى ، ذلك لأن الحكومة هى التـــى تعـــين موظفيهـــا

---

(١) راجع فى التفرقة بين الخطأ المصلحى (المرفقى) والخطـــأ الشخصـــى المجلد الثالث .

(٢) مصطفى مرعى ص ٢٠٢ ومابعدها- حسين عامر وعبد الرحيم عامر ص ٦٦٢ ومابعدها .

وعمالها بعد اختيارهم وهى التى تحدد اختصاصاتهم وهى التى تراقبهم وتشرف عليهم [١].

وفى هذا قضت محكمة النقض – الدائرة الجنائية – بأن :

" ومن حيث إن مبنى الطعن أن الحكم المطعون فيه أخطأ فى تطبيق القانون إذ قضى بمسئولية الحكومة مدنيا عما وقع من المتهم استنادا إلى نصوص القانون المدنى الخاصة بمسئولية السيد عن أعمال تابعه مع أن مسئولية الحكومة لايصح أن تبنى على قواعد القانون المدنى وإنما يجب الرجوع فيها إلى قواعد القانون العام التى تقتضى التفريق بين الخطأ المصلحى أو الإدارى (faute de service) والخطأ الشخصى (faute personnelle) بحيث لا تسأل الحكومة إلا عن النوع الأول بخلاف الثانى فإن تبعته تقع على عاتق الموظف أو المستخدم وحده دون الحكومة . ولو كان القانون طبق تطبيقا صحيحا على وقائع هذه الدعوى كما صار إثباتها فى الحكم لما كان هناك محل لإلزام الحكومة بتعويض ما فى القضية الحالية لأن الحادثة التى قامت عليها هذه الدعوى هى المثل الواضح للخطأ الشخصى الذى يقع من الموظف خارج حدود وظيفته ويكون هو المسئول عنه وحده دون الحكومة .

---

(١) مصطفى مرعى ص ٢٠٤ .

ومن حيث إن هذا الطعن يرمى إلى القول بوجوب ترسم ما جرى عليه قضاء المحاكم الإدارية بفرنسا وما أخذ به علماء القانون العام فيها من التفريق بين أساس مسئولية الحكومة عما يقع من موظفيها من عدوان على حقوق الأفراد ومسئولية الأفراد عن أعمال تابعيهم وذلك للاعتبارات التى تضمنتها كتب الفقه الفرنسى على أن مجلس الدولة بفرنسا إذا كان قد جرى على هذه الخطة فبحكم ماله من حرية النظر فى تقرير ما يرى من القواعد القانونية لأنه لم يقيد بقواعد مرسومة ومن أجل ذلك استمد فى أحكامه سننا هو مزيج مما فهمه من معنى القانون العام ومما تقتضيه قواعد العدل المطلق وتابعه فيما رأى بعض فقهاء القانون وخالفه آخرون وتشعبت بهؤلاء وأولئك السبل والمذاهب ولا يزالون مختلفين فى كثير من أمهات المسائل ، وقد أدى بهم مستحدث النظريات إلى أراء ومواقف ليس من مصلحة الطاعنة- ولا من مصلحة مصر فى حالتها الراهنة – الأخذ بها ولا الجرى عليها . ذلك هو مجمل الحال فى فرنسا . أما فى مصر فالمحاكم محدودة الاختصاص فيما ينشأ من الحكومة والأفراد من منازعات فضلا عن تقيدها بما وضع لها من قوانين لا معدل لها عنها . وليس فى ظروف الدعوى الحالية ما يستوجب تنكب هذه القوانين إلى ما عداها إذ النصوص المدنية صريحة وممكنة التطبيق حتى فى دعاوى تضمين الحكومة بسبب ما يصيب الأفراد فى حرياتهم أو أموالهم بفعل الموظفين .

ومن حيث إنه لذلك تكون محكمة الموضـــوع قــد أصـــابت إذا طبقت أحكام القانون المدنى على هذه القضية ولا وجه لأن يعد هذا خطأ منها فى التطبيق . وإذن يكون الطعن على غير أساس ويتعين رفضه " .

(طعن رقم ٢٢٠٠ لسنة ٢ ق جلسة ١٩٣٣/٤/١٠)

كما قضت محكمة النقض – الدائرة المدنية – بأن :

١- " متى كان الثابت أن التابع هو مستخدم لدى وزارة الداخلية فى وظيفة بوليس ملكى وأن الوزارة سـلمته لمقتضـيات وظيفتـه سلاحا ناريا وتركته يحمله فى جميع الأوقات وأنه ذهب حاملا هذا السلاح إلى حفلة عرس دعى إليها وهناك أطلق السـلاح إظهـارا لمشاعره الخاصة فأصاب أحد الحاضرين ، فـإن وزارة الداخليـة تكون مسئولة عن الأضرار التى أحدثها تابعها بعملـه هـذا غيـر المشروع ، ولا يؤثر فى قيام مسئوليتها أن يكون تابعها قد حضـر الحفل بصفته الشخصية مادام عمله الضار غير المشروع متصـلا بوظيفته مما يجعله واقعا منه بسبب هذه الوظيفة وذلك وفقا لحكـم المادة ١٥٢ مدنى قديم الذى لا يفترق فى شئ عن حكم المادة ١٧٤ مدنى جديد " .

(طعن رقم ٣٧٠ لسنة ٢٢ ق جلسة ١٩٥٦/٥/٣)

٢- " لئن كانت الإدارة مسئولية مع الموظف أمام المضـــرور عن التعويض المستحق له عما يصيبه من ضرر بسبب الخطأ الذى يرتكبه هذا الموظف على أساس مسئولية المتبوع عن أعمال التـــابع المنصوص عليها فى المادة ١٧٤ من القانون المدنى سواء كان هذا الخطأ مرفقيا أو شخصيا ... الخ ".

(طعن رقم ٩٣٣ لسنة ٤٩ ق جلسة ١٩٨٠/١٢/٣٠)

٣- " لما كان الثابت من الحكم المطعون فيه أن التابع المسئول ضابط بالقوات المسلحة يعمل تحت رئاسة المطعون ضده - وزير الدفاع- وأنه قتل مورثى الطاعنين بمسدسه الحكـــومى الـــذى فـــى عهدته بحكم وظيفته فإن وظيفته لدى المطعون ضده تكون قد هيأت له فرصة إتيان عمله غير المشروع إذ لولا هذه الوظيفة وما يسرته لصاحبها من حيازة السلاح النارى المستعمل فـــى قتـــل مـــورثى الطاعنين لما وقع الحادث منه وبالصورة التى وقع بهـــا ، ويكـــون المطعون ضده مسئولا عن الضرر الذى أحدثه الضابط بعمله غيـــر المشروع ، وإذ نفى الحكم المطعون فيه مسئولية المطعـــون ضـــده عن هذا الضرر قولا منه أن الخطأ الذى قارفه التابع منبت الصـــلة بعمله مكانا وزمانا وأنه لا توجد علاقة سببية وثيقـــة بـــين الخطـــأ والوظيفة فإنه يكون معيبا بالخطأ فى تطبيق القانون " .

(طعنان رقما ٧٢٣ ، ٨٠٧ لسنة ٥٨ق - جلسة ١٩٩٧/٤/٨)

غير أن الحكومة – كما سنرى – لا تستطيع الرجوع على الموظف بما حكم به عليها من تعويض إلا إذا كان الخطأ الواقع منه خطأ شخصيا ، إذ لا يسأل الموظف فى علاقته بالدولة عن هذا التعويض إذا كان ما وقع منه خطأ مصلحيا أو مرفقيا .

(أنظر شرح المادة ١٧٥) .

٤٥ـ أساس مسئولية المتبوع عن أعمال التابع :

استقر قضاء محكمة النقض – أخيرا– على أن أساس مسئولية المتبوع عن أعمال التابع ، هى فكرة الضمان القانونى باعتبار المتبوع فى حكم الكفيل المتضامن للتابع كفالة مصدرها القانون وليس العقد ، وذلك لمصلحة المضرور ، ومن ثم فإن للمتبوع الحق فى الرجوع على تابعه محدث الضرر بما يفى من التعويض للمضرور لا على أساس أنه مسئول معه بل لأنه مسئول عنه .

ويفسر ذلك بأن المشرع رأى لاعتبارات اجتماعية يقدرها أن يضمن المتبوع خطأ تابعه الذى يقع أثناء أو بسبب تأدية وظيفته [1].

---

(١) وهذا هو الرأى السائد فقها (السنهورى ص ٨٨٢ ومابعدها– عبد المنعم الصده ص ٥٤٦ – المستشار أنور طلبه ص ٦٤٧– الدناصورى والشواربى ص ٢٨٢ .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- " مسئولية المتبوع عن أعمال تابعه غير المشروعة هى مسئولية تبعية بحكم القانون لمصلحة المضرور وهى تقوم على فكرة الضمان القانونى ، فالمتبوع يعتبر فى حكم الكفيل المتضامن كفالة مصدرها القانون وليس العقد . ومن ثم فإن للمتبوع الحق فى أن يرجع على تابعه محدث الضرر بما يفى به من التعويض للمضرور كما يرجع الكفيل المتضامن على المدين الذى كفله لأنه مسئول عنه وليس مسئولا معه . وهذه القاعدة هى التى قننها المشرع فى المادة ١٧٥ من القانون المدنى التى تقضى بأن للمسئول عن عمل الغير حق الرجوع عليه فى الحدود التى يكون فيها هذا الغير مسئولا عن تعويض الضرر .

ولم يقصد المشرع بتلك المادة أن يستحدث للمتبوع دعوى شخصية جديدة يرجع بها على تابعه " .

(طعن رقم ٥٤٠ لسنة ٣٤ ق جلسة ١٩٦٩/١/٣٠)

٢- " النص فى المادتين ١٧٤، ١٧٥ من القانون المدنى يدل على أن مسئولية المتبوع عن أعمال تابعه غير المشروعة هى مسئولية تبعية مقررة بحكم القانون لمصلحة المضرور تقوم على فكرة الضمان القانونى فالمتبوع يعتبر فى حكم الكفيل المتضامن كفالة مصدرها القانون وليس العقد ، ومن ثم فإن للمتبوع الحق فى

الرجوع على تابعه محدث الضرر بما يفى به من التعويض للمضرور لا على أساس أنه مسئول معه بل لأنه مسئول عنه " .

(طعن رقم ٦٥٧ لسنة ٤٢ ق جلسة ١٩٧٨/٥/٨)

٣- " النص فى المادة ١٧٤ من القانون المدنى على أن يكون المتبوع مسئولا عن الضرر الذى يحدثه تابعه بعمله غير المشروع متى كان واقعا منه حال تأدية وظيفته أو بسببها قد دل على أن مسئولية المتبوع عن أعمال تابعه غير المشروعة مسئولية تبعية مقررة لمصلحة المضرور وتقوم على فكرة الضمان القانونى فالمتبوع يعتبر فى حكم الكفيل المتضامن كفالة مصدرها القانون وليس العقد ".

(طعن رقم ١٦٧ لسنة ٥٧ ق جلسة ١٩٩٣/٢/١٨) [1]

---

(١) وكانت محكمة النقض قد ذهبت من قبل فى بعض أحكامها إلى أن مبنى المسئولية خطأ مفترضا قابلا لإثبات العكس . وهذا الخطأ قد يكون فى الرقابة أو فى التوجيه أو الاختيار أو خطأ فى هذه الأمور جميعا .

إذ قضت بأن :

١- " إن مسئولية السيد مدنيا عن أخطاء خادمه تقوم قانونا على ما يفترض فى حق المتبوع من الخطأ والتقصير فى اختيار تابعه أو فى رقابته عليه . وإذن فلا يشترط فيها وقوع تحريض منه أو صدور أى عمل إيجابى آخر بل هى تتحقق بالنسبة له ولو كان غائبا أو غير عالم بتاتا بما وقع من تابعه . إذ يكفى فى ذلك أن تكون صفة التابع أو

٥٦- دفع مسئولية المتبوع :

القاعدة الواردة فى المادة ١٧٤ مدنى قاعدة موضوعية وليست قاعدة إثبات ، وأن مسئولية المتبوع التى تقررها هذه القاعدة تقوم على فكرة الضمان ، وينبنى على ذلك أنه إذا توافرت الشروط التى رأيناها سلفا لقيام مسئولية المتبوع فإن هذه المسئولية تتحقق دون أن يكون فى وسع المتبوع أن يدرأها عن نفسه بأية وسيلة ، كنفى

وظيفته هى التى هيأت له ارتكاب الجريمة وساعدته على ارتكابها ولو لم تكن قد وقعت أثناء الخدمة " .

(طعن جنائى رقم ١٦٧٠ لسنة ٩ ق جلسة ١٩٣٩/١١/٦)

وقد أيدها فى هذا القضاء رأى فى الفقه .

كما ذهبت محكمة النقض فى بعض أحكامها إلى أن المسئولية تقوم على أساس الحلول ، فالتابع يحل محل المتبوع بحيث أنه إذا ارتكب الأول خطأ فكأنما الثانى هو الذى ارتكبه .

إذ قضت بأن :

" ... والمادة المذكورة إذ جعلت المسئولية تتعدى إلى غير من أحدث الضرر قد جاءت استثناء من القاعدة العامة التى مقتضاها ، بناء على المادة ١٥١ من القانون المدنى ، أن الذى يلزم بالتعويض هو محدث الضرر . وهذا الاستثناء – على كثرة ما قيل فى صدد تسويغه – أساسه أن شخصية المتبوع تتناول التابع بحيث يعتبران شخصا واحدا ... الخ ".

(طعن رقم ٥٩ لسنة ١١ ق جلسة ١٩٤٢/٥/١٤)

وقد أيدها فى هذا القضاء رأى فى الفقه .

خطئه أو تقصيره فى الرقابة أو بإثبات أنه كان يستحيل عليه دفـع الحادث لأن المسئولية لا تنتفى إلا بانتفاء شروطها . فـلا يصـح مناقشة قاعدة موضوعية لاستبعاد تطبيقها .

ولايسوغ القول بأن المتبوع يستطيع دفع مسئوليته بنفى مسئولية التابع استنادا إلى سبب أجنبى ، لأن مسئولية المتبوع لاتقوم إلا إذا تحققت مسئولية التابع . فإذا انتفت الأخيرة فإن الأولى لاتقوم لعـدم توافر الشروط اللازمة لذلك [١].

على أنه يجوز للمتبوع أن ينفى المسئولية عن نفسه ، إذا أثبـت أن الحادث الضار قد نشأ عن سبب أجنبى لا شأن للتابع به ، ممـا ينفى مسئولة الأخير .

ويتحقق السبب الأجنبى بالقوة القاهرة أو خطأ المجنى عليـه أو خطأ الغير [٢].

وقد قضت محكمة النقض بـأن :

" إن ضمان السيد عن أعمال خادمه لا يقوم قانونـا إلا علـى مظنة خطئه فى اختيار خادمه وفى مراقبته إياه بمالـه مـن حـق

---

(١) عبد المنعم الصده ص ٥٥٦- المستشار أنـور العمروسـى الـدعاوى المسماة فى القانون المدنى طبعة ٢٠٠٢ ص ٤٣٩ ومابعدها .

(٢) مصطفى مرعى ص ٢٢٨- محمـود جمـال الـدين زكـى ص ٣٠٥ ومابعدها - المستشار أنور طلبه ص ٦٤٣ .

التأديب والفصل من الخدمة . وهى مظنة قانونية تعفى المضـــرور من إثبات وقوع خطأ من المخدوم فى اختيار الخادم أو فى مراقبته .

ولا يندفع الضمان عن السيد إلا إذا ثبت أن الحـــادث الضـــار حصل بقوة قاهرة لا شأن فيها لخادمه أو أنه نشأ عن خطأ المجنـــى عليه نفسه " .

(طعن رقم ١٩ لسنة ٤٧ ق جلسة ١٩٣٠/٣/٢٧)

٥٧ـ رجـــوع المضـــرور على التابع والمتبوع :

مسئولية التابع قبل المضرور مســئولية أصـــلية ، ومســئولية المتبوع مسئولية تبعية ، والاثنان متضامنان أمام المضرور (م١٦٩ مدنى) .

ومن ثم يجوز للمضرور أن يرجع على التابع والمتبوع معـــا ، فيقضى عليهما معا بالتضامن .

ويجوز له أن يرجع على المتبوع وحده ، وهذا هو ما يحصـــل فى الغالب باعتباره المسئول الملئ فيقضى عليه بالتعويض كاملا.

ولايلزم فى هذه الحالة إدخال التابع فى الدعوى .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

"للمضرور أن يرجع مباشرة على المتبوع بتعـــويض الضـــرر الناشئ عن أعمال تابعه غير المشروعة دون حاجة لإدخال التـــابع

فى الدعوى ولا تلتزم المحكمة فى هذه الحالة بتنبيه المتبوع إلى حقه فى إدخال تابعه " .

(طعنان رقما ٢٩٩، ٣٠٩ لسنة ٣٣ ق جلسة ١٩٦٨/٣/٢٨)

ويجوز للمضرور أن يرجع على التابع وحده ، ويقضى له عليه بكامل التعويض .

وإذا كان للتابع شريك جاز للمضرور أن يرفع الدعوى على التابع وشريكه ، كما يجوز له أن يرفع الدعوى على التابع وشريكه والمتبوع معا متضامنين[1] .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" متى كان الحكم المطعون فيه بعد أن سرد فى أسبابه أن المتهم ذكر أن المستأنف عليهما- تابعى الشركة الطاعنة- كانا يشتركان معه ومع آخر فى سرقة الأخشاب - المملوكة لذات الشركة- وكان ينقلان العروق الخشبية من داخل العمارة ويخرجانها إلى باقى شركائهما من فتحات معينة إلى خارج الأسوار حيث يسهل نقلها بعد ذلك انتهى إلى أن هذا الذى حدث من المستأنف عليهما المذكورين ومن المستأنف عليه الثانى ما كان يتم لولا وظيفتهم بالشركة المستأنف عليها الأولى التى لولاها وما هيأته لهم من

---

(١) السنهورى ص ٨٩- مصطفى مرعى ص ٢٢٩ .

معرفة مكان الأخشاب والأمكنة التى يمكن تهريبها منها لما وقعت الجناية التى أدت إلى قتل مورث المطعون عليهما المعين حارسا ، على مهمات الشركة ، والذى حاول ضبط السرقة نتيجة طلق نارى من المتهم سالف الذكر ، ومن ثم فإن مسئولية الشركة المستأنف عليها الأولى تضحى قائمة طبقا لنص المادة ١٧٤ من القانون المدنى ، إذ أن الجريمة وقعت بسبب الوظيفة وبمناسبتها وقد هيأت الوظيفة فرصتها وكان هذا الذى ذكره الحكم يتفق والتكييف القانونى الصحيح لما وقع من تابعى الشركة الطاعنة ووصفه بأنه خطأ وقع بسبب الوظيفة وبمناسبتها ، كما يتفق واستخلاصه توافر رابطة السببية اللازمة لترتيب مسئولية الشركة ، وكان هذا الاستخلاص مما تحتمله أقوال المتهم ويؤدى إلى النتيجة التى انتهى إليها الحكم فى حدود سلطته الموضوعية فإن النعى بالخطأ فى الاستنتاج يكون على غير أساس " .

(طعن رقم ٥٨٥ لسنة ٤١ ق جلسة ١٩٧٦/٣/١٨)

٥٨ـ للمضرور الرجوع على صاحب العمل دون التقيد بأحكام المادة ٦٨ من القانون رقم ٧٩ لسنة ١٩٧٥ :

مسئولية المتبوع عن تابعه ليست مسئولية ذاتية وإنما فى حكم مسئولية المتضامن وكفالته ليس مصدرها العقد وإنما مصدرها القانون ، وللمضرور – كما رأينا – أن يرجع على صاحب العمل

استنادا إلى هذه المسئولية . ولا يتقيد بالقيد الذى ينص عليه قانون التأمين الاجتماعى رقم ٧٩ لسنة ١٩٧٥ فى المادة ٦٨ ومن قبله المادة ٤٢ من القانون رقم ٦٣ لسنة ١٩٦٤ بشأن التأمينات الاجتماعية، التى لاتجيز للمصاب فيما يتعلق بإصابات العمل التمسك ضد الهيئة القومية للتأمينات بأحكام قانون آخر ولا تجيز له ذلك أيضا بالنسبة لصاحب العمل إلا إذا كانت الإصابة قد نشأت عن خطأ جسيم فى جانبه(١) .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- (أ)- نصت المادة ١/١٧٤ من القانون المدنى على أن المتبوع يكون مسئولا عن الضرر الذى يحدثه تابعه بعمله غير المشروع متى كان واقعا منه حال تأدية وظيفته أو بسببها وإذ كانت مسئولية المتبوع عن تابعه ليست مسئولية ذاتية وإنما هى فى حكم مسئولية - الكفيل المتضامن - وكفالته ليس مصدرها العقد وإنما مصدرها القانون، فإنه لاجدوى من التحدى فى هذه الحالة بنص المادة

---

(١) تنص المادة ٦٨ على أن : " لا يجوز للمصاب أو المستحقين عنه التمسك ضد الهيئة المختصة بالتعويضات التى تستحق عن الإصابة طبقا لأى قانون آخر .
كما لايجوز لهم ذلك أيضا بالنسبة لصاحب العمل إلا إذا كانت الإصابة قد نشأت عن خطأ من جانبه ".

٤٢ من القانون رقم ٦٣ لسنة ١٩٦٤ والتى لا تجيز للمصاب فيما يتعلق بإصابات العمل أن يتمسك ضد هيئة التأمينات الاجتماعية بأحكام أى قانون آخر ، ولاتجيز له ذلك أيضا بالنسبة لصاحب العمل إلا إذا كانت الإصابة قد نشأت عن خطأ جسيم فى جانبه ذلك أن مجال تطبيق هذه المادة – وعلى ما جرى به قضاء الدائرة الجنائية لهذه المحكمة – هو عند بحث مسئولية رب العمل الذاتية " .

(ب)- " إذا كان العامل يقتضى حقه فى التعويض عن إصابة العمل من الهيئة العامة للتأمينات الاجتماعية فى مقابل الاشتراكات التى شارك هو ورب العمل فى دفعها بينما يتقاضى حقه فى التعويض قبل المسئول عن الفعل الضار بسبب الخطأ الذى ارتكبه المسئول ، فإنه ليس ثمة ما يمنع من الجمع بين الحقين ".

(طعن رقم ٨٨٨ لسنة ٤٣ ق جلسة ١٩٧٧/٤/٢٦)

٢-(أ)- " نصت المادة ١٧٤ من القانون المدنى على أن المتبوع يكون مسئولا عن الضرر الذى يحدثه تابعه بعمل غير مشروع متى كان واقعا حال تأدية وظيفته وكانت مسئولية المتبوع عن تابعه ليست مسئولية ذاتية وإنما هى فى حكم مسئولية الكفيل المتضامن وكفالته ليس مصدرها العقد وإنما مصدرها القانون ، فإنه لايجدى التحدى فى هذه الحالة بنص المادة ٤٧ من القانون رقم ٩٢ لسنة ١٩٥٩ المقابلة للمادة ٤٢ من القانون رقم ٦٣ لسنة ١٩٦٤

والتى لاتجيز للمصاب فيما يتعلق بإصابات العمل أن يتمسك ضد المؤسسة بأحكام أى قانون آخر - ولاتجيز له ذلك أيضا بالنسبة لصاحب العمل إلا إذا كانت الإصابة قد نشأت عن خطأ جسيم ؛ ذلك أن مجال تطبيق هذه المادة هو عند بحث مسئولية رب العمل الذاتية " .

(ب)- " إذ كان العامل - أو ورثته- يقتضى حقه فى التعويض عن إصابة العمل من مؤسسة التأمينات الاجتماعية فى مقابل الاشتراكات التى دفعت إليها ، بينما يتقاضون حقهم فى التعويض قبل المسئول عن الفعل الضار بسبب الخطأ الذى ارتكبه المسئول فليس ثمة ما يمنع من الجمع بين الحقين ".

(طعنان رقم ٥٦١، ٥٦٢ لسنة ٤٢ق جلسة ١٩٨٣/١٢/٢٧)

٣- " النص فى المادة ٦٦ من القانون ٧٩ لسنة ١٩٧٥ بإصدار قانون التأمين الاجتماعى - المنطبق على واقعة الدعوى- مقتضاه أن تنفيذ الهيئة العامة للتأمينات الاجتماعية لالتزامها الناشئ عن القانون المذكور لا يخل بما يكون للمؤمن له - العامل وورثته - من حق قبل الشخص المسئول ، ولما كانت المادة ١/١٧٤ من القانون المدنى نصت على أن المتبوع يكون مسئولا عن الضرر الذى يحدثه تابعه بعمله غير المشروع متى كان واقعا منه حال تأدية وظيفته أو بسببها ، وكانت مسئولية المتبوع عن أعمال تابعه

غير المشروعة ليست مسئولية ذاتية إنما هى فــى حكــم مســئولية الكفيل المتضامن كفالة ليس مصدرها العقد وإنما مصدرها القــانون فيكون مسئولا عن تابعه وليس مسئولا معه ومن ثم فإنه لاجــدوى من التحدى فى هذه الحالة بنص المادة ٢/٦٨ سالفة الــذكر والتــى لاتجيز للعامل الرجوع على صاحب العمل لاقتضاء التعــويض إلا عن خطئه الشخصى الذى يرتب المسئولية الذاتية ، ذلك أن مجــال تطبيق هذه المادة – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – هــو عند بحث مسئولية رب العمل الذاتية . لما كان ذلك ، وكان البــين من الحكم المطعون فيه أنه بنى قضاءه بإلزام الطاعنة بــالتعويض المقضى به ، على سند مما استخلصه من توافر عناصر مســئولية المتبوع عن أعمال تابعه غير المشروعة ، فإنه لا يكون قد خــالف القانون . لما كان ما تقدم ، وكان العامل يقتضى حقه فى التعويض عن إصابة العمل من الهيئة العامة للتأمينات الاجتماعية فى مقابــل الاشتراكات التى شارك هو ورب العمل فى دفعها بينمــا يتقاضــى حقه فى التعويض قبل المسئول عن الفعل الضار بسبب الخطأ الذى ارتكبه المسئول فليس ثمة ما يمنع من الجمع بين الحقين ".

(طعن رقم ٤٨٦١ لسنة ٦١ ق جلسة ١٩٩٧/١٢/٢٨)

٥٩- تكييف مسئولية المتبوع :

تكييف المدعى لدعواه تكييفا لا ينطبق علـــى واقعتهـــا لا يقيـــد المحكمة . ومن ثم فكون المســـئولية هـــى مســـئولية شخصـــية أم مسئولية المتبوع عن أعمال تابعة مما يتعلق بتكييف الدعوى الـــذى تملكه المحكمة .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" إذا كان الثابت أن الشركة المطعون ضدها أقامـــت دعواهـــا أصلا على أساس مسئولية الهيئة العامة للبترول (الطاعنـــة) عـــن تعويض الضرر الذى لحق بها مسئولية عقديـــة باعتبـــار أن عقـــد إيجار السفينة قد تم بينهما . ولما قضى برفض دعواها علـــى هـــذا الأساس واستأنفت الشركة هذا الحكم ذكرت فى صحيفة الاســـتئناف أنه إذا لم يكن العقد قد تم فإن الهيئة الطاعنة تكون قد ارتكبت خطأ تقصيريا وتكون مسئولة عن تعويض الضرر طبقا للمادة ١٦٣ من القانون المدنى وقالت إن هذا الخطأ يتمثل فيما وقع من الســـكرتير العام للهيئة من أفعال كان من نتيجتها إيقاع وكيلها فى فهم خـــاطئ بأن العقد قد تم وقد أخذت محكمة الاستئناف بهذا الأساس غير أنها اعتبرت الهيئة مسئولة عن خطأ السكرتير العام لها مسئولية المتبوع عن أعمال تابعه غير المشروعة طبقا للمـــادة ١٧٤ مـــن القـــانون المدنى وليست مسئولية شخصية طبقا للمادة ١٦٣ كمـــا وصـــفتها

المدعية ، فإن هذا الذى فعلته محكمة الموضوع إن هو إلا إنـزال لحكم القانون الصحيح على واقعة الدعوى وهو مـا تملكـه تلـك المحكمة لأن تكييف المدعى لدعواه تكييفا لاينطبق على واقعتهـا لا يقيد المحكمة ولا يمنعها من إعطاء الدعوى وصفها الحق وإنـزال حكم القانون الصحيح عليها وهى حين تمارس هذا الحق غير ملزمة بتنبيه الخصوم إلى الوصف الصحيح الذى تنتهى إليه " .

(طعنان رقما ٢٩٩، ٣٠٩ لسنة ٣٣ ق جلسة ١٩٦٨/٣/٢٨)

٦٠ـ تعلق أحكام مسئولية المتبوع بالنظام العام :

وقد أوضحت ذلك محكمة النقض فى قضائها الصادر بتـاريخ ١٩٦٧/١١/٧ فى الطعن رقم ٢٢ لسنة ٣٤ ق إذ جاء به :

" تقوم مسئولية المتبوع عن أعمال التابع الغيـر مشـروعة – وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض – علـى أسـاس الخطـأ المفترض من جانب المتبوع كتقصيره فى مراقبة من عهـد إلـيهم بالعمل لديه وتوجيههم مما مؤداه اعتبار مسئولية المتبوع قائمة بناء على عمل غير مشروع ، ومقتضى المادة ٣/٢١٧ من القانون المدنى هو عدم جواز الاتفاق سلفا على الإعفاء من المسئولية عن العمـل غير المشروع . فإذا كان هدف المشرع فى تقرير مسئولية المتبوع عن أعمال التابع الغير مشروعة هو سلامة العلاقات فى المجتمع

مما يعد من الأصول العامة التى يقوم عليهـا النظـام الاجتمـاعى والاقتصادى فى مصر ، فإن الحكم المطعون فيه لا يكون قد خالف القانون إذ اعتبر القاعدة المقررة لمسئولية المتبوع عن أعمال التابع غير المشروعة من المسائل المتعلقة بالنظام العام فى معنى المـادة ٢٨ من القانون المدنى ورتب على ذلك استبعاد تطبيـق القـانون الفلسطينى الذى لاتعرف نصوصه المسئولية وطبق أحكام القـانون المصرى فى هذا الخصوص " .

(طعن رقم ٢٢ لسنة ٣٤ ق جلسة ١٩٦٧/١١/٧)

مــادة (١٧٥)

للمسئول عن عمل الغير حق الرجوع عليه فى الحـدود التـى يكون فيها هذا الغير مسئولا عن تعويض الضرر .

الشــرح

٦١ـ رجـوع المتبوع بالتعويض الذى أداه على التابع :

مسئولية المتبوع عن أعمال تابعه غير المشروعة هى مسـئولية تبعية مقررة بحكم القانون لمصلحة المضرور ، وتقوم على فكـرة الضمان القانونى ، فيعتبر المتبوع فى حكم الكفيل المتضامن كفالـة مصدرها القانون وليس العقد [١]. لأن الخطأ هو خطأ التابع ومن ثم فإذا أوفى المتبوع بالتعويض كان له أن يرجع به كل علـى تابعـه محدث الضرر كما يرجع الكفيل المتضامن على المدين الذى كفله . وهذه القاعدة هى التى قننها المشرع فى المادة ١٧٥ مـدنى التـى تقضى بأن للمسئول عن عمل الغير حق الرجوع فى الحدود التـى يكون فيها هذا الغير مسئولا عن تعويض الضـرر . ولـم يقصـد المشرع بتلك المادة أن يستحدث للمتبوع دعوى شخصـية جديـدة يرجع بها على تابعه .

ويسرى ذلك على المكلف بالرقابة إذا كان المسـئول مميـزا ، فالنص جاء عاما يشمل كل مسئول عن عمل الغير . وقد تعرضـا فيما سلف لرجوع المكلف بالرقابة على الخاضع للرقابة .

---

(١) السنهورى ص ٨٩١ – المستشار الدكتور محمد شتا ص ١٤٠٢ .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" إذا ترتبت مسئولية الشخص عن عمل غيره، انطوى هذا الوضع على وجود شخصين يسألان عن ذات الدين مع اختلاف الخطأ المنسوب إلى كل منهما : أولهما محدث الضرر ، ويسأل بناء على خطأ ثابت يقام الدليل عليه. والثانى هو المسئول عنه (وهو المكلف بالرقابة أو المتبوع ويسأل على أساس الخطأ المفروض).

ومؤدى ذلك أن كليهما يلزم بالدين ذاته إلزاما مبتدئا دون أن يكونا متضامنين فى أدائه ، باعتبار أن أحدهما مدين أصلى والآخر مدين تبعى أو احتياطى . فإذا رجع المضرور على محدث الضرر واستوفى منه التعويض الواجب وقفت المسألة عند هذا الحد ، لأن وفاء المدين الأصلى بالدين يدرَأ مسئولية المدين التبعى أو الاحتياطى عنه . بيد أن المضرور غالبا ما يؤثر الرجوع على المدين الاحتياطى إذ يكون أكثر اقتدارا أو يسارا . ومتى قام هذا المدين بأداء التعويض ، كان له أن يقتضيه ممن أحدث الضرر. ذلك أن هذا الأخير هو الذى وقع منه الفعل الضار ، فهو يلزم قبل المسئول عنه ، بأن يؤدى إليه ما احتمل من التعويض من جراء هذا الفعل ، ويماثل هذا الوضع مركز المدين الأصلى من الكفيل . على أن هذه الأحكام لاتطبق إلا حيث يتوافر التمييز فى محدث الضرر، كما فرض هذا فى الصورة المتقدمة ، فإذا فرض على النقيض من ذلك أن محدث الضرر غير أهل للمساءلة عن عمله غير المشروع،

فليس للمسئول عنه أن يرجع عليه بوجه من الوجوه ، لأنه يكون في هذه الحالة مدينا أصليا ، وينعكس الوضع فلا يلزم من وقع منه الفعل الضار إلا بصفة تبعية أو احتياطية ، كما تقدم بيان ذلك أنظر المادة ٢٣١ فقرة ٢ من المشروع "[١].

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " مسئولية المتبوع عن أعمال تابعه غير المشروعة هي مسئولية تبعية مقررة بحكم القانون لمصلحة المضرور وتقوم على فكرة الضمان القانوني فيعتبر المتبوع في حكم الكفيل المتضامن كفالة مصدرها القانون وليس العقد ومن ثم فإذا أوفى المتبوع التعويض للمضرور كان له أن يرجع به كله على تابعه محدث الضرر كما يرجع الكفيل المتضامن على المدين الذي كفله لأنه مسئول عنه وليس مسئولا معه . وهذه القاعدة هي التي قننها المشرع في المادة ١٧٥ من القانون المدني القائم بعد أن اختلف الرأي في ظل القانون الملغي حول ما يرجع به المتبوع على تابعه وأساس هذا الرجوع ولم يقصد المشرع من وضع هذه المادة أن يستحدث للمتبوع دعوى شخصية جديدة يرجع بها على تابعه في حالة وفائه بالتعويض للمضرور " .

(طعن رقم ٦٤ لسنة ٣٣ ق جلسة ١٩٦٨/٢/٢٢)

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٢ ص ٤٢١ ومابعدها .

٢- " مسئولية المتبوع عن أعمال تابعه غير المشروعة هي – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة- مسئولية تبعية مقررة بحكم القانون لمصلحة المضرور ، وتقوم على فكرة الضمان القانوني فيعتبر المتبوع في حكم الكفيل المتضامن كفالة مصدرها القانون وليس العقد . ومن ثم فإذا أوفى المتبوع بالتعويض كان له أن يرجع به كله على تابعه محدث الضرر كما يرجع الكفيل المتضامن على المدين الذي كفله لأنه المسئول عنه وليس مسئولا معه ، وهذه القاعدة هي التي قننها المشرع في المادة ١٧٥ من القانون المدني التي تقضي بأن للمسئول عن عمل الغير حق الرجوع عليه في الحدود التي يكون فيها هذا الغير مسئولا عن تعويض الضرر، ولم يقصد المشرع بتلك المادة أن يستحدث للمتبوع دعوى شخصية جديدة يرجع بها على تابعه " .

(طعن رقم ٩٦٠ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٩٠/١٢/٢٧)

٣- إذ كان الثابت من الحكم الصادر في الدعوى رقم ٣٠٦ لسنة ١٩٨٢ ،مدني محكمة جنوب القاهرة الابتدائية المؤيد بالاستئناف ٦٥٤٢ لسنة ٩٩ ق القاهرة فيما بني عليه من أسباب القضاء على الطاعن بصفته بتعويض المضرورين ورثة المرحوم .... عما نالهم من أضرار مادية وأدبية فضلا عن التعويض الموروث بمبلغ التعويض مثار النزاع باعتباره متبوعاً قد أسس

قضاءه التزاماً بحجية الحكم الجنائى الذى أدان المطعون ضده التابع له فيما نسب إليه من تسببه خطأ فى موت المجنى عليه المــذكور لعدم التزامه حال قيادته للقاطرة المملوكة للهيئة التى يمثلها الطاعن بصفته لعدم تهدئته السير بها عند المجاز رغــم تنبيهــه بإعطائــه الإشارة الدالة على ذلك فاصطدم به وأحدث به الإصــابات التــى أودت بحياته ومن ثم يكون قد سجل عليه الخطأ الشخصى الموجب لتعويض ورثته عما نالهم من أضرار من جراء الحادث يسأل عنها وألزم به الطاعن بصفته باعتباره كفيلا متضامنا معه وبالتالى يحق للأخير الرجوع عليه بما يوفيه عنه من تعويض للمضرورين عملا بالمادة ١٧٥ من القانون المدنى ، وإذ خالف الحكم المطعون فيــه هذا النظر واعتبر أن ما صدر من المطعون ضده تــابع الطــاعن خطأ مهنياً مرفقياً وأعمل حكم قانون العاملين المدنيين بالدولة رقــم ٤٧ لسنة ١٩٧٨ يكون قد خالف القانون وأخطأ فى تطبيقه ".

(طعن رقم ٢٢٢٨ لسنة ٦٣ ق جلسة ٢٠٠٠/٥/١٠)

٦٢ ـ رجوع المتبوع على التابع ببعض التعويض :

لا يرجع المتبوع على التابع بكامل التعــويض المقضــى بــه للمضرور ، إذا كان المتبوع قد اشترك مع التابع فــى الخطــأ ، إذ يقسم التعويض بينهما فى علاقة أحدهما بالآخر وفقا للقواعد العامة المقررة عند تعدد المسئولين .

ويجب أن يثبت التابع أن المتبوع اشترك معه فى الخطأ ، كأن يكون قد أمره بارتكابه أو ساهم معه فيه ، ولايستطيع التابع أن يحتج على المتبوع بالمسئولية المفترضة ، فإن هذه لا يحتج بها على المتبوع إلا المضرور [١].

وقد قضت محكمة النقض – الدائرة الجنائية – بأن :

١- (أ)- " إن تقرير مسئولية المخدوم بناء على مجرد وقوع الفعل الضار من خادمه أثناء خدمته إنما يقوم على افتراض وقوع الخطأ منه . وهذا الافتراض القانونى مقرر لمصلحة من وقع عليه الضرر وحده ، فالخادم لا يستفيد منه . وإذن فإذا كان المخدوم لم يقع منه أى خطأ فإنه – بالنسبة لمن عدا المجنى عليه – لا يكون مسئولا عن شئ فيما يتعلق بالتعويض ، ويكون له عند الحكم عليه للمجنى عليه أن يطلب تحميل خادمه هو والمتهمين معه ما ألزم هو بدفعه تنفيذا للحكم الصادر عليه بالتضامن معهم ، على أن يدفع الخادم – لأنه هو المتسبب فى الحكم عليه بالتعويض – كل ما ألزم هو بدفعه عنه وأن يؤدى كل من الآخرين نصيبيه فقط ، لأن التضامن لم يقرره القانون إلا لمصلحة من وقع عليه الضرر إذ أجاز له أن يطالب بتعويضه أى شخص يختاره ممن تسببوا فيه . أما فيما يختص بعلاقة المحكوم عليهم بعضهم ببعض فإن من قام منهم

---

(١) حسين عامر وعبد الرحيم عامر ص٦٦٨ – مصطفى مرعى ص٢٢٩ .

بدفع المبلغ المحكوم به للمضرور يكون له أن يرجع على زملائه المحكوم عليهم معه ولكن بقدر حصة كل منهم فيما حكم به " .

(ب)- " إن تقدير حصة كل ممن اشتركوا فى إحداث الضرر يجب - بحسب الأصل- أن يكون المناط فيه مبلغ جسامة الخطأ الذى ساهم به فيما أصاب المضرور من الضرر إذا كانت وقائع الدعوى تساعد على تقدير الأخطاء على هذا الأساس . أما إذا كان ذلك ممتنعا فإنه لا يكون ثمة من سبيل إلا اعتبار المخطئين مسئولين بالتساوى عن الضرر الذى تسببوا فيه ".

(طعن رقم ١٠٧٢ لسنة ١١ ق جلسة ١٩/٥/١٩٤١)

٦٣- لا يلتزم المتبوع بإثبات خطأ التابع عند رجوعه عليه :

مسئولية المتبوع بوصفه ضامنا للخطأ الذى يرتكبه التابع لاتقوم إلا فى العلاقة بين المتبوع والمضرور . فإذا رجع المتبوع على التابع فلا يحق لهذا أن يحتج على المتبوع بذلك الضمان . كما أنه يتعين أن يكون هذا الرجوع على أساس خطأ ثابت فى جانب التابع طبقا للقواعد العامة ، وهذا هو الخطأ الذى يجب على المضرور أن يثبته حتى تتحقق مسئولية المتبوع ومن ثم لا يصبح المتبوع فى حاجة إلى إثباته عند رجوعه على التابع .

وقد يحصل أن يكون التابع مسئولا على أساس خطأ مفترض كما لو كان معلما مسئولا عن تلميذ ، أو يكون مسئولا بوصفه

حارسا كما لو كان سائقا لسيارة هو حارسها ، ففى هاتين الحالتين يجب على المتبوع عند رجوعه على التابع أن يثبت خطأه ، لأن مسئولية التابع فى الحالة الأولى على أساس خطأ مفترض ومسئوليته فى الثانية بوصفه حارسا إنما تكونان فى العلاقة بينه وبين المضرور وليس فى علاقته بالمتبوع[١] .

٦٤ ـ هل يرجع التابع على المتبوع بشئ ؟

ليس من الجائز أن يرجع التابع على المتبوع بشئ – ما عدا حالة اشتراكهما فى الخطأ – ولايحتج هنا بما تنص عليه المادة ١٦٩ من القانون المدنى من أنه : " إذا تعدد المسئولون عن عمل ضار كانوا متضامنين فى التزامهم بتعويض الضرر – وتكون المسئولية فيما بينهم بالتساوى " إذ أن حكم هذه المادة ينصرف إلى المسئولين عن أخطائهم الشخصية ، وليس من يسألون عن أفعال غيرهم [٢].

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" الحكم الذى قررته المادة ١٦٩ من القانون المدنى الجديد المقابلة للمادة ١٥٠ ومابعدها من القانون المدنى القديم والتى تنص

---

(١) عبد المنعم الصده ص ٥٥٧ – أحمد حشمت أبو ستيت ص ٤٨٩ .

(٢) حسين عامر وعبد الرحيم عامر ص ٦٦٨ – عبد المنعم الصده ص ٥٥٦.

على أنه إذا تعدد المسئولون عن عمل ضار كانوا متضامنين فـــى إلزامهم بتعويض الضرر ، وتكون المسئولية فيما بينهم بالتســاوى إلا إذا عين القاضى نصيب كل منهم ، هذا الحكم لا يــرد إلا عنــد تحديد مسئولية كل شخص من محدثى الضرر المتضامنين ، وذلك فيما بين مرتكبى الفعل الضار أنفسهم . وإذن فمتى كانت الحكومــة لم ترتكب خطأ شخصيا من جانبها وأن مسئوليتها بالنســبة للخطــأ الذى اقترفه الموظفون التابعون لها هى مسئولية المتبوع عن عمــل تابعه فإنها لا تعتبر بالنسبة لهؤلاء الموظفين مدينة أصلا ولا تتحمل شيئا من التعويض المحكوم به " .

(طعن رقم ٢١٧ لسنة ٢١ ق جلسة ١٩٥٤/١٢/١٦)

كما أنه لا محل للتمسك بنص المادة ٢٩٧ من القانون المــدنى من أنه : " إذا وفى أحد المدينين المتضامنين كل الدين ، فلا يجوز له أن يرجع على أى من الباقين إلا بقدر حصته فى الــدين ، ولــو كان بماله من حق الحلول قد رجع بدعوى الدائن .

٢- وينقسم الدين إذا وفاه أحد المدينين حصصا متساوية بــين الجميع ، ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك " - ذلــك أن المقصود بهذه المادة أن يكون من يوفى الدين ، مدينا شخصيا بقدر من هذا الدين ، فلا يسرى حكمها على الكفيل المتضامن

وقد ذكرنا سلفا أن مسئولية المتبوع عن خطأ التابع فـــى حكـــم الكفيل المتضامن [١].

٦٥- رجوع المتبوع على التابع يكون إما بدعوى الحلـول أو الدعوى الشخصية :

إذا أوفى المتبوع للدائن المضرور بالتعويض كان له الرجـــوع على التابع إما بدعوى الحلول المنصوص عليها من المـــادة ٧٩٩ مدنى ، أو بالدعوى الشخصية المنصوص عليها فى المـــادة ٣٢٤ مدنى .

وقد أوضحت ذلك محكمة النقض فى حكمها الصـــادر بتـــاريخ ١٩٩٠/١٢/٢٧ فى الطعن رقم ٩٦٠ لسنة ٥٨ ق بقولها :

" للمتبوع عند وفائه بالتعويض للدائن المضرور أن يرجع على التابع بإحدى دعويين الأولى دعوى الحلول المنصوص عليها فـــى المادة ٧٩٩ من القانون المدنى والتى ليست إلا تطبيقا للقاعدة العامة فى الحلول القانونى المنصوص عليها فى المادة ٣٢٦ من القـــانون المذكور والتى تقضى بأن الموفى – يحل محل الدائن الذى استوفى حقه إذا كان الموفى ملزما بوفاء الدين عـــن المـــدين ، والـــدعوى الثانية هى الدعوى الشخصية المنصوص عليها فى المادة ٣٢٤ من

---

(١) حسين عامر وعبد الرحيم عامر ص ٦٦٨ ومابعدها .

ذات القانون التى تقضى بأنه إذا قام الغير بوفاء الدين كان له حق الرجوع على المدين بقدر ما دفعه . وليس للمتبوع أن يرجع على تابعه بالتعويض الذى وفاه عنه بالدعوى الشخصية التى قررها المشرع فى المادة ٨٠٠ من القانون المدنى لكفيل قبل المدين ، وذلك لما هو مقرر من عدم جواز رجوع الكفيل بهذه الدعوى إذا كانت الكفالة لمصلحة الدائن وحده ، وضمان المتبوع لأعمال تابعه هو ضمان قرره القانون لمصلحة الدائن المضرور وحده " .

٦٦ ـ المصروفات القضائية وأتعاب المحاماة تأخذ حكم التعويض فى الرجوع بها :

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" المصروفات القضائية وأتعاب المحاماة تمثل نفقات فعلية تكبدها المحكوم لهما فى تلك الدعوى فتعتبر من قبيل التعويض وتأخذ حكمه فى حلول المتبوع فى كل ما وفى به من التعويض محل الدائن المضرور ومن ثم يكون للطاعن أن يرجع على تابعه المطعون ضده لاقتضاء هذه المصروفات بدعوى الحلول " .

(طعن رقم ٩٦٠ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٩٠/١٢/٢٧)

٦٧ ـ مدى حق التابع فى التمسك فى مواجهة المتبوع بالدفوع التى كان له أن يتمسك بها فى مواجهة المضرور :

أوضحت ذلك محكمة النقض بقولها :

" النص فى المادة ١٧٥ من القانون المدنى على أن " للمسئول عن عمل الغير حق الرجوع عليه فى الحدود التى يكون فيها هذا الغير مسئولا عن تعويض الضرر " وفى المادة ٣٢٦ منه على أنه " إذا قام بالوفاء شخص غير المدين حل الموفى محل الدائن الذى استوفى حقه فى الأحوال الآتية :

(أ) إذا كان الموفى ملتزما بالدين مع المدين أو ملزما بوفائه عنه ..." وفى المادة ٣٢٩ منه على أن من حل قانونا أو اتفاقا محل الدائن له حقه بما لهذا الحق من خصائص وما يلحقه من توابع وما يكفله من تأمينات وما يرد عليه من دفوع ويكون هذا الحلول بالقدر الذى أداه من ماله من حل محل الدائن " يدل على أنه إذا قضى على المتبوع بالتعويض عما لحق المضرور من ضرر بخطأ ارتكبه التابع وقام المتبوع نفاذا لهذا الحكم بالوفاء إلى المضرور بحقه فى التعويض حل محله فى نفس حقه وانتقل إليه هذا الحق بماله من خصائص وما يلحقه من توابع وما يكفله من تأمينات وما يرد عليه من دفوع وكان له أن يرجع به كله على تابعه طالما كان المتبوع مسئولا عن هذا التابع وليس مسئولا معه ، فإذا لم يكن

التابع قد اختصم فى دعوى التعويض كان له فى دعوى الحلول أن يتمسك فى مواجهة المتبوع بالدفوع التى كان له أن يتمسك بها فى مواجهة المضرور - بما فيها الدفع بسقوط دعوى التعويض بالتقادم الثلاثى المقرر فى المادة ١٧٢من القانون المدنى متى كان قد انقضى على علم المضرور بحدوث الضرر وبالشخص المسئول عنه أكثر من ثلاث سنوات دون أن يرفع عليه دعوى التعويض ، ذلك أن رفع المضرور دعواه على المتبوع لا يقطع التقادم بالنسبة للتابع . كما لا يعتبر الحكم الصادر فى تلك الدعوى حجة على التابع لعدم اختصامه فيها - أما إذا كان التابع قد اختصم مع المتبوع فى دعوى التعويض وقضى عليهما بهذا التعويض متضامنين وحاز الحكم الصادر فيها قوة الأمر المقضى فإن هذا الحكم يكون حجة على التابع ، وعملا بنص المادة ٣٨٥ من القانون المدنى تصبح مدة تقادم دعوى التعويض المقضى به خمس عشرة سنة ويمتنع على التابع أن يتمسك فى مواجهة المتبوع بما يمتنع عليه أن يتمسك من دفوع فى مواجهة المضرور نتيجة لذلك الحكم بما فيها بالدفع بالتقادم الثلاثى المشار إليه " .

(طعن رقم ١٣٠ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٩٠/٥/٨)

٦٨ـ قصر رجوع جهة الإدارة على الموظف على التعويض عن الخطأ الشخصى :

لئن كانت جهة الإدارة مسئولة مع الموظف أمام المضرور عن التعويض المستحق له عما يصيبه من ضرر بسبب الخطأ الذى يرتكبه هذا الموظف على أساس مسئولية المتبوع عن أعمال التابع سواء كان هذا الخطأ مرفقيا أو شخصيا ، إلا أنها لاتستطيع الرجوع على هذا الموظف بما حكم به عليها من تعويض إلا إذا كان الخطأ الواقع شخصيا . أما إذا كان الخطأ مصلحيا (مرفقيا) فلا يجوز لها الرجوع عليه بالتعويض ، وذلك عملا بالمادة ٣/٧٨ من القانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٨[١] بنظام العاملين الدولة التى تنص على أنه : "ولايسأل العامل مدنيا إلا عن خطئه الشخصى" [٢].

---

(١) ويقابلها المادة ٥٨ من القانون رقم ٤٦ لسنة ١٩٦٤ (الملغى) ، والمادة ٣/٤٧ من القانون رقم ١٠٩ لسنة ١٩٧١ فى شأن هيئة الشرطة .

(٢) راجع أيضا المستشار المساعد فايز اللمساوى ضوابط تحديد الخطأ الموجب لمسئولية الموظف والدولة عن أفعال الوظيفة العامة تعليق على حكم محكمة النقض (الدائرة المدنية) فى الطعن رقم ١٤١٨ لسنة ٥٧ ق الصادر بجلسة ١٩٨٨/٣/١٦ بحث منشور بمجلة هيئة قضايا الدولة العدد الرابع – السنة ٣٤ أكتوبر ديسمبر ١٩٩٠ ص ٩٤ .

وفى هذا قضت محكمة النقض بـأن :

١- " لئن كانت الإدارة مسئولة مع الموظف أمام المضرور عن التعويض المستحق له عما يصيبه من ضرر بسبب الخطـأ الـذى يرتكبه هذا الموظف على أساس مسئولية المتبوع عن أعمال التابع المنصوص عليها فى المادة ١٧٤ من القانون المدنى سواء كان هذا الخطأ مرفقيا أو شخصيا ، إلا أنها وعلى ما نصت عليه المادة ٥٨ من قانون العاملين بالدولة رقم ٤٦ لسـنة ١٩٦٤ المقابلـة للمـادة ٣/٧٨ من القانون الحالى رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٨ والمـادة ٥٧ مـن القانون رقم ٦١ لسنة ١٩٦٤ فى شأن هيئة الشرطة المقابلة للمـادة ٣/٤٧ من القانون اللاحق عليه رقـم ١٠٩ لسـنة ١٩٧١ ، ومـا أفصحت عنه المذكرة الإيضاحية لهذا القانون الأخير- لاترجع على هذا الموظف بما حكم به عليها من تعـويض إلا إذا كـان الخطـأ الواقع منه خطأ شخصيا ، إذ لا يسأل الضابط فى علاقته بالدولـة عن هذا التعويض إذا كان ما وقع منه خطأ مصـلحيا أو مرفقيـا . ولايعتبر ما وقع من الموظف خطأ شخصـيا إلا إذا كـان خطـؤه جسيما ، أو كان مدفوعا فيه بعوامل شخصية قصـد بهـا مجـرد النكاية أو الإيذاء أو تحقيق منفعة ذاتية له أو لغيره " .

(طعن رقم ٩٣٣ لسنة ٤٩ ق جلسة ١٩٨٠/١٢/٣٠)

٢- " الخطأ المرفقى - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة- هو الخطأ الذى ينسب إلى المرفق حتى ولو كان الذى قام به ماديا أحد العاملين بالمرفق ، ويقوم الخطأ على أساس أن المرفق ذاته هو الذى تسبب فى الضرر لأنه لم يؤد الخدمة العامة وفقا للقواعد التى يسير عليها سواء كانت هذه القواعد خارجية أو وضعها المشرع ليلتزم بها المرفق ، أو داخلية أى سنها المرفق لنفسه أو يقتضيها السير العادى للأمور ، وإذا كان الثابت من مدونات الحكم الابتدائى المؤيد لأسبابه من الحكم المطعون فيه فيما قضى به من إلزام الطاعن والمطعون عليه بتعويض المضرورين عن موت المجنى عليه أنه أسس قضاءه بالتعويض التزاما بحجية الحكم الجنائى الذى أدان المطعون عليه فيما نسب إليه من إهمال لقيادته السيارة بحالة ينجم عنها الخطر دون أن يتأكد من خلو الطريق أمامه فاصطدم بالمجنى عليه وأحدث به الإصابات التى أودت بحياته ، لما كان ذلك وكان ما صدر من المطعون عليه من خطأ رتب مسئوليته عن الضرر الموجب للتعويض المقضى به لايعدو وأن يكون خطأ شخصيا يسأل عنه التابع وبالتالى يحق للمتبوع الكفيل المتضامن معه الرجوع عليه بما يوفيه عنه من تعويض للمضرور عملا بنص المادة ١٧٥ من القانون المدنى وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر واعتبر أن ما صدر من المطعون عليه تابع الطاعنين خطأ

مهنيا وأعمل حكم قانون العاملين بالدولة رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٨ يكون قد خالف القانون . وأخطأ فى تطبيقه " .

(طعن رقم ٢٧٥٣ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٩٠/٥/٦)

٣- " إن المادة ٧٨ من قانون العاملين المدنيين بالدولة رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٨ تنص فى فقرتها الأخيرة على أن " ولايسأل العامل مدنيا إلا عن خطئه الشخصى " ومع قيام هذا النص الخاص ، فإنه لا يجوز الرجوع إلى النص العام المقرر بالمادة ١٧٥ من القانون المدنى فيما جرى به من أن " للمسئول عن عمل الغير حق الرجوع عليه فى الحدود التى يكون فيها هذا الغير مسئولا عن تعويض الضرر " .

(طعن رقم ٣٠٢١ لسنة ٦٨ ق جلسة ١٩٩٩/٥/١١)

٦٩ ـ الرجوع بدعوى الحلول منوط بعدم سقوط حق الدائن قبل الوفاء :

وقد أوضحت ذلك محكمة النقض بقولها :

" يستطيع المتبوع الرجوع على تابعه بالدعوى الشخصية المنصوص عليها فى المادة ٣٢٤ مدنى التى تقضى بأنه إذا قام الغير بوفاء الدين كان له حق الرجوع على المدين بقدر ما دفعه . وهذه الدعوى سواء كان أساسها الإثراء بلا سبب أو الفضالة فإن المتبوع لا يستطيع الرجوع بها إذا كان قد أوفى التعويض للدائن

المضرور بعد أن كان حق الدائن فيه قد سقط بالنسبة للتابع لأن هذا لم يفد شيئا من هذا الوفاء وليس للمتبوع أن يرجع على تابعه بالتعويض الذى أوفاه عنه بالدعوى الشخصية التى قررها القانون فى المادة ٨٠٠ من القانون المدنى للكفيل قبل المدين ، وذلك لما هو مقرر من عدم جواز رجوع الكفيل بهذه الدعوى إذا كانت الكفالة لمصلحة الدائن وحده ، وضمان المتبوع لأعمال تابعه هو ضمان قرره القانون لمصلحة الدائن المضرور وحده " .

(طعن رقم ٨٧١ لسنة ٤٣ ق جلسة ١٩٧٩/٥/١٠)

٧٠ـ إدخال المتبوع التابع فى الدعوى التى تقام ضده :

إذا أقيمت دعوى التعويض ضد المتبوع وحده ، جاز له أن يدخل التابع ضامنا فى الدعوى ليحكم عليه بما عسى أن يحكم به على المتبوع .

بل يجوز للمتبوع والدعوى مرفوعة من المضرور عليه والتابع معا ، أن يرفع على التابع دعوى ضمان فرعية ليحكم على التابع بما يحكم به على المضرور .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" لئن كان لا يحق للمتبوع أن يرجع على تابعه بالتعويض المحكوم به للمضرور إلا إذا قام بأدائه للمضرور ، إلا أن القضاء قد أجاز للمتبوع أن يختصم تابعه فى الدعوى التى يرفعها

المضرور على المتبوع وحده وأن يطلب المتبوع فى هذه الـدعوى الحكم على تابعه بما قد يحكم به عليه للمضرور وذلك لما للمتبـوع من مصلحة فى هذا الاختصام لأن مسئوليته تبعية لمسئولية التـابع فإذا استطاع هذا درء مسئوليته وهو بطبيعة الحال أقدر من المتبوع على الدفاع عن نفسه ، استفاد المتبوع من ذلـك وانتفـت بالتـالى مسئوليته هو ، وإذا لم يستطع التابع ، كان حكم التعـويض حجـة عليه فلا يمكنه أن يعود ويجادل فى وقوع الخطأ منه عند ما يرجع عليه المتبوع بما أوفاه للمضرور من التعـويض المحكـوم بـه . وطبيعى أنه إذا حكم للمتبوع فى تلك الدعوى على التابع بما حكـم به للمضرور على المتبوع فإن تنفيذ الحكم الصادر للمتبوع علـى التابع يكون متعلقا على وفاء المتبوع بالتعويض المحكوم به عليـه للمضرور ".

(طعن رقم ٥٤٠ لسنة ٣٤ ق جلسة ١٩٦٩/١/٣٠)

كما قضت محكمة النقض ـ الدائرة الجنائية ـ بأن :

" حكم المدينين المتضامنين فى دين واحد أنه يجوز إلـزام أى واحد منهم بوفاء جميع الدين للدائن على أن يكون لمن قام بالوفـاء حق الرجوع على باقى المدينين كل بقدر حصته . فمـن مصـلحة المدين الذى رفعت عليه دعوى تعويض بالتضامن مع مدين آخـر أن يقاضى فى نفس الوقت ذلك المدين الآخر ويطلب إلى المحكمـة

فى حالة الحكم عليه بذلك الدين أن تقضى له بحق الرجـوع علـى المدين الآخر بكافة ما يحكم به عليه هو إذا كان لديه من الأسـباب ما يقتضى عدم ملزوميته هو شخصيا بشئ من الدين . ومصـلحته فى ذلك محققة لا احتمالية فقط . وهذه المصلحة المحققة مـن أول الأمر هى التى تبيح لذلك المدين الرجوع على زميله المـدين فـى نفس الوقت الذى رفعت فيه دعوى التعويض الأصلية على المدينين معا والمطالبة بالحكم له على المدين بكل ما يحكم به عليـه . وإذن فإذا رفعت دعوى تعويض على متهم عما أحدثـه مـن أضـرار للمدعى بالحق المدنى ، وعلى وزارة الداخلية بالتضامن مع المتهم لأنه من رجالها وهى مسئولة عن أفعال رجالها ومتضامنة معهـم فى تعويض كل ضرر يحدث منهم أثناء تأدية وظائفهم ، فللحكومة أن توجه دعوى الضمان الفرعية إلى المتهم فى حالة الحكم للمدعين بالتعويض . فإذا قضت المحكمة بعدم قبول دعوى الضمان الفرعية بحجة أنها سابقة لأوانها كان قضاؤها بذلك خاطئـا فـى تطبيـق القانون وتعين نقضه ".

(طعن رقم ١١٧٠ لسنة ٦ ق جلسة ١٩٣٦/٥/٢٥)

٧١ ـ مطالبة المضرور للمتبوع مطالبة قضائية لا تقطع التقادم بالنسبة للتابع :

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" مطالبة المضرور للمتبوع بالتعويض مطالبة قضائية وإن كانت تقطع التقادم بالنسبة للمتبوع إلا أنها لا تقطعه بالنسبة للتابع وذلك أخذا بما نصت عليه المادة ٢٩٢ من القانون المدنى من أنه إذا انقطعت مدة التقادم بالنسبة إلى أحد المدينين المتضامنين فلا يجوز للدائن أن يتمسك بذلك قبل باقى المدينين . وإذا كان قطع التقادم بالنسبة إلى أحد المدينين المتضامنين لا يترتب عليه أثر بالنسبة لباقى المدينين فمن باب أولى لا يكون لقطع التقادم بالنسبة للكفيل ولو كان متضامنا مع المدين الأصلى أثر بالنسبة إلى هذا المدين ".

(طعن رقم ٥٤٠ لسنة ٣٤ ق جلسة ١٩٦٩/١/٣٠)

٣- المسئولية الناشئة عن الأشياء

مـادة (١٧٦)

حارس الحيوان ، ولو لم يكن مالكا له ، مسئول عما يحدثـه الحيوان من ضرر ، ولو ضل الحيوان أو تسرب ، ما لـم يثبـت الحارس أن وقوع الحادث كان بسبب أجنبى لا يد له فيه .

الشـــرح

٧٢- شروط مسئولية حارس الحيوان :

يشترط لتحقق مسئولية حارس الحيوان توافر شرطين هما :

١- أن يتولى شخص حراسة حيوان .

٢- أن يحدث الحيوان ضررا للغير .

ونعرض لهذين الشرطين بالتفصيل فيما يلى :

الشرط الأول :

أن يتولى شخص حراسة حيوان .

وهذا الشرط يقتضى معرفة المقصود بالحراسـة ثـم معرفـة المقصود بالحيوان .

٧٣- المقصود بالحراسة :

يراد بالحراسة فى هذا المقام السلطة الفعلية فى الرقابة والتوجيه والتصرف . فحارس الحيوان الذى تقع عليه المسئولية هو من لـه

السلطة الفعلية على الحيوان فى رقابته وتوجيهه والتصرف فى أمره. إذ أن هذا المعيار هو الذى يتفق مع ما تقضى به المادة (١٧٦) من أن : " حارس الحيوان ، ولو لم يكن مالكا له ، مسئول عما يحدثه الحيوان من ضرر " [١].

وفى ضوء هذا المعيار لا يتحتم أن يكون الحارس هو من له الحيازة المادية . فالتابع كالراعى أو السائس أو السائق له الحيازة

---

(١) وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه : " يعتبر هذا النص متقدما على نظيره فى نصوص التقنين المصرى الحالى من ناحيتين :
(١) فيلاحظ من ناحية ، أنه نوه صراحة بفكرة " الحراسة" وجعل حارس الحيوان مسئولا عما يحدثه الحيوان من ضرر . وهذه الفكرة لاتستخلص إلا اقتضاء من دلالة عبارة المادة ٢١٥/١٥٣ ، إذ تنص على إلزام "مالك الحيوان أو مستخدمه بالضرر بالناشئ عن الحيوان المذكور" . وقد جهد الفقه الحديث فى تحليل فكرة الحراسة تحليلا دقيقا بلغ به أحيانا حد الإرهاف أو التهافت . فهو يفرق على الأخص بين الحراسة المادية والحراسة القانونية ، والثانية دون الأولى هى التى تبنى عليها المسئولية وعلى هذا النحو يسأل مالك الحيوان ، متى كانت له الحراسة القانونية ، عما يحدثه هذا الحيوان من ضرر " للرائض " الذى استخدمه للعناية به. وقد عنى التقنين اللبنانى بالنص على هذا الحكم فى عبارة صريحة ، فقضى فى الفقرة الثانية من المادة ١٢٩ بأن " تلك المسئولية تترتب ، ولو كان الحارس المضرور قد ارتبط من قبل بعقد من العقود ، كإجارة الأشخاص مثلا ، ما لم ينص على خلاف ذلك " ويراعى أن الحراسة القانونية تظل قائمة ولو ضل الحيوان أو تسرب " .
(مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٢ ص ٤٢٤) .

المادية ، ولكنه لايعتبر حارسا لأنه لايملك السلطة الفعلية في التوجيه والرقابة والتصرف في أمر الحيوان . وقد رأينا أن المادة (١٧٦) تقضي بمسئولية الحارس ولو ضل الحيوان أو تسرب، أي ولو كان الحارس قد فقد الحيازة المادية [١].

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"إن حارس الحيوان بالمعنى المقصود في المادة ١٧٦ من القانون المدني هو من تكون له السيطرة الفعلية عليه ويملك التصرف في أمره ولا تنتقل الحراسة من مالك الحيوان إلى التابع المنوط به ترويضه وتدريبه ذلك أنه وإن كان للتابع السيطرة المادية على الحيوان وقت تدريبه إلا أنه إذ يعمل لحساب متبوعه ولمصلحته ويتلقى تعليماته في كل ما يتعلق بهذا الحيوان فإنه يكون خاضعا للمتبوع مما تظل معه الحراسة لهذا الأخير إذ أن العبرة في قيام الحراسة الموجبة للمسئولية على أساس الخطأ المفترض هي بسيطرة الشخص على الحيوان سيطرة فعلية لحساب نفسه " .

(طعن رقم ١٨١ لسنة ٣٣ ق جلسة ١٩٦٧/٣/٢)

كذلك لا يتحتم أن يكون الحارس هو من له الحيازة القانونية ، فلو أن الحيوان سرق من مالكه فإن الحراسة تنتقل إلى السارق

---

(٢) مصطفى مرعي ص٢٣٨- عبد المنعم الصده ص ٥٦٢ .

بانتقال السلطة الفعلية إليه ، ولايصبح المالك مسئولا عما يحدثه الحيوان من ضرر (١).

ومالك الحيوان هو فى الأصل صاحب السيطرة الفعلية عليه، وهو الذى يملك زمامه فى يده ، فله التوجيه والرقابة ، وهو المتصرف فى أمره، ومن ثم يكون حارس الحيوان هو أصلا مالكه. فهناك إذن قرينة على أن مالك الحيوان هو الحارس ، وإذا رجع المضرور على المالك فليس عليه أن يثبت أنه هو الحارس ، بل المالك هو الذى عليه أن يثبت أنه لم يكن حارس الحيوان وقت إحداثه الضرر (٢).

وإذا كانت ملكية الحيوان مشتركة ، فالالتزام بالحراسة يفرض فى جانب الشريكين ، كل بنسبة ما يملكه . ولكن للمضرور أن يطالب أيهما بالتعويض كاملا على أساس المسئولية المجتمعة (٣).

٧٤ـ انتقال حراسة الحيوان إلى غير مالكه :

إذا كان الحيوان قد انتقل إلى يد غير المالك برضاء المالك ، وذلك إما للانتفاع به بمقتضى عارية أو إيجار ، أو للمحافظة عليه

---

(١) السنهورى ص ٨٩٥ ومابعدها – محمود جمال الدين زكى ص ٣٠٧.

(٢) أحمد حشمت أبو ستيت ص ٤٩٢ ومابعدها– عبد المنعم الصده ص ٥٦٢– الدناصورى والشواربى ص ٣٢٦ ومابعدها .

(٣) حسين عامر وعبد الرحيم عامر ص ٦٨٢ – الدناصورى وعكاز ص ٣٢٨.

بمقتضى وديعة ، أو للعلاج عند الطبيب البيطرى ، أو نحو ذلك ، فالأصل فى مثل هذه الأحوال أن تنتقل الحراسة إلى من ينتفع بالحيوان أو يحافظ عليه ، أو يتولى علاجه إذ يصبح هو صاحب السلطة الفعلية على الحيوان . وهذا ما لم يتضح من العقد وظروفه غير ذلك ، كما لو ظل المالك محتفظا بإشرافه على الحيوان أثناء العلاج ، إذ فى مثل هذه الحالة تبقى الحراسة للمالك [١].

وإذا انتقل الحيوان إلى يد أخرى بغير إرادة مالكة كما لو سرق الحيوان – كما ذكرنا سلفا – أو كما لو استعمل السائق الحيوان نفسه بغير سيطرة من سيده ، فإنه فى هذه الحالة يسقط عن عاتق مالك الحيوان الالتزام بالحراسة ، إذ يفقد السيطرة عليه فى توجيهه ورقابته واستعماله وتكون الحراسة للسارق أو السائس .

---

(١) السنهورى ص ٨٩٧ – عبد المنعم الصده ص ٥٦٢ ومابعدها – حسين عامر وعبد الرحيم عامر ص ٦٨٥- محمود جمال الدين زكى ص ٣٠٧- الدناصورى وعكاز ص ٤٢٨- عكس ذلك مصطفى مرعى ص١٤٠ فيرى أن الحكم الوارد بالمادة هو استثناء لايجوز التوسع فى تفسيره ، ولأن الحكمة من الاستثناء هى الرغبة فى مؤاخذة ملاك الحيوانات والمنتفعين بها بشئ من الشدة لأن الشارع افترض أن مالك الحيوان أو المنتفع به محيط بخصال الحيوان وطبائعه، وإن صح هذا الفرض بالنسبة للملاك والمنتفعين فليس يصح بالنسبة لغيرهم ممن يحوز الحيوان بحكم صناعته التى تجبره على تلقى كل حيوان يرد إليه .

وإن كان ذلك لايمنع – فى المثال الأخير – من مساءلة المالك بوصفه متبوعا عن فعل تابعه . لكن الفرق كبير بين القولين ، إذ يلزم فى هذه الحالة إقامة الدليل على خطأ معين صدر من التابع ، خلافا لما إذا وجهت الدعوى إلى المالك بوصفه حارسا ، إذ لايلزم عندئذ إقامة الدليل على خطأ ما [١].

٧٥- متى يعتبر حائز الحيوان حارسا ؟

يجب لاعتبار حائز الحيوان حارسا ، أن تكون له سلطة عليه. فالمصارع فى حلبة مصارعة الثيران ، له السلطة على الثور ، وبالتالى له الحراسة عليه ، وليس لمنظم الحفل شئ منها منذ اللحظة التى يدخل فيها المبارز والثور تلك الحلبة[٢] .

وكذلك الخيال الذى يجرى بالجواد فى ساحة السباق يكون المسيطر عليه وبالتالى حارسه [٣].

ومن يستعمل الحيوان بحكم مهنته تنتقل إليه الحراسة ، كأمين النحل الذى يقوم بنقله ، فيلدغه النحل بقسوة ، إذ لا تقوم مسئولية المالك فى هذه الحالة .

---

(١) أحمد حشمت أبو ستيت ص ٤٩٤ .

(٢) حسين عامر وعبد الرحيم عامر ص ٦٨٣ .

(٣) السنهورى ص ٨٩٧- محمود جمال الدين زكى ص ٣٠٧- حسين عامر وعبد الرحيم عامر ص ٦٨٤ .

وكذلك تنتقل الحراسة إذا عهد مالك الحيوان أو من يستخدمه ، بهذا الحيوان إلى شخص آخر ليتولى أمره بحكم مهنته ، إلى هـذا الشخص ، ولو أنه لا يستخدم ذلك الحيوان ، كأن يوكل إليـه نقـل الحيوان من المحطة للسوق .

وتنتقل الحراسة على الحيوان إلى صاحب الفندق الذى عهد إليه الحارس إليه به ، كالشأن فى الكلاب والخيول [1].

٧٦- إشتراك فعل إنسان وفعل حيوان فى إحداث الضرر :

إذا كان الضرر نتج من اشتراك فعل حيوان وفعل إنسان ، كما إذا ركب شخص جوادا أو قاد مركبة يجرها حيوان وأصيب شخص بضرر ، فإن الضرر ينسب إلى حارس الحيوان لأن الحادث عنـد ما يقع- باستثناء الحالة الشاذة التى يتعمد فيها راكـب الحيـوان أو قائده الإضرار بالمصاب - يكون نتيجة إفلات زمام الحيوان من يد الراكب أو القائد ، وتكون الإصابة فى الواقع من فعل الحيوان[2].

٧٦ - مكررا - المقصود بالحيوان :

يقصد بالحيوان ، أى نوع مـن الحيـوان، مستأنسـا كـان أو ضاريا، كبيرا أو صغيرا ، وسواء كان من الدواب والبهائم كالخيل والبغال والحمير والجمال والمواشى ، والحيوانات الأليفة كـالكلاب

---

(١) حسين عامر وعبد الرحيم عامر ص ٦٨٤ ومابعدها .

(٢) أحمد حشمت أبو ستيت ص ٤٩٥ .

والقطط والقردة ، أو كان من الدواجن والطير . حتـى لـو كـان الحيوان معتبرا عقارا بالتخصيص كالمواشـى الملحقـة بـالأرض الزراعية وأرانب الأوكار .

إنما يشترط أن يكون الحيوان حيا ومملوكا لأحد الناس . فجثـة الحيوان الميت لا تعتبر حيوانا بالمعنى المقصود فى هذا المقام ، بل تعتبر من الأشياء غير الحية . فلا تتحقق المسئولية عنها وفقا للمادة وقد ينطبق عليها حكم المادة ١٧٨ مدنى إذا كانت حراستها تتطلب عناية خاصة (١).

والحيوان الذى لايملكه أحد ، كالطير والوحوش التى لا مالـك لها فلا توجد مسئولية إلا على أساس من خطـأ شخصـى واجـب الإثبات، كأن يثير شخص جرادا يتلف زرعا لشخص آخر (٢).

الشرط الثانى :

أن يحدث الحيوان ضررا بالغير :

يشترط لتحقق المسئولية أن يكون هناك ضرر مـن الحيـوان بالغير .

وهذا الشرط يفترض أمرين :

---

(١) عبد المنعم الصده ص٥٦٣ – حسين عامر وعبد الرحيم عامر ص ٦٨٦.

(٢) أحمد حشمت أبو ستيت ص ٤٩٤ – الدكتور نبيل إبراهيم سعد النظرية العامة للالتزام الجزء الأول مصادر الالتزام طبعة سنة ٢٠٠١ ص٤٢٨ .

١- فعلا إيجابيا من الحيوان .

٢- أن يترتب على هذا الفعل ضرر بالغير .

ونعرض لهذين الأمرين بالتفصيل فيما يلى :

٧٧- أولاً : فعل إيجابى من الحيوان :

حتى يمكن القول أن الضرر قد أحدثه حيوان يجب أن يكون ثمة فعل إيجابى من الحيوان . فإذا لم يكن للحيوان إلا دور سلبى ، كما إذا اصطدم شخص بحيوان واقف فى مكانه وأصيب بجروح فإن مثل هذا الضرر لا يكون من فعل الحيوان ، إذ لا تقوم السببية بين الضرر وفعل الحيوان .

واشتراط فعل إيجابى من الحيوان ليس معناه أن يكون الحيوان قد اتصل اتصالا ماديا بالمضرور ، بل يكفى أن يكون هو السبب الإيجابى فى إحداث الضرر . فلو أن حيوانا مفترسا أفلت زمامه من يد حارسه وخرج فى الطريق العام ، فذعر شخص فسقط وجرح دون أن يمسه الحيوان ، فإن هذا الضرر يعتبر من فعل الحيوان[١].

---

(١) أحمد حشمت أبو ستيت ص ٤٩٤ ومابعدها – حسين عامر وعبد الرحيم عامر ص ٦٨٧ .

وقد يدق تعيين المتسبب فى حدوث الضرر ، هل هو الحيوان ، أم شئ آخر غير حى . كما لو كان الحصان يجر عربة انقلبت أثناء السير فأصابت أحد المارة .

وفى هذا ينظر إلى ما يكون السبب الأول والمباشر فيما حدث ، فإذا كان الحصان مثلا قد انحرف فى مسيره ، أو عنف فـى جـر العربة، فيعتبر الحادث من فعل الحيوان ، أمـا إذا كـان انقـلاب العربة يرجع إلى انفصال إحدى عجلاتها لعيب فيها ، فيكون السبب المباشر فيما حدث هو فعل شئ غير حى [١].

كما أنه إذا كان هناك شخص يقود الحيوان الذى أحدث الضرر أو يقود العربة التى يجرها الحيوان والتى أحدثت الضـرر ، فـإن البحث يثور عما إذا كان الضرر فى مثل هذه الحالات مـن فعـل الإنسان أم من فعل الحيوان .

وللمسألة أهمية عملية كبيرة . فلو اعتبرت الإصابة قد حـدثت بفعل الإنسان وجب على المضرور أن يثبت الخطأ طبقـا للقواعـد العامة . وإذا اعتبرت الإصابة بفعل الحيوان فلا يكلف المضـرور بإثبات خطأ ما . والرأى الصحيح الذى انتهـى إليـه القضـاء أن الإصابة تكون بفعل الحيوان ، وعدل عن الرأى العكسى والذى كان

---

(١) حسين عامر وعبد الرحيم عامر ص ٦٨٧ .

يأخذ به . وتبرير الرأى الذى أخذ به القضاء أن الإصابة فى مثل هذه الحالات لا تعتبر أنها قد حدثت بفعل الإنسان إلا إذا كان قد تعمدها ، وفيما عدا هذه الحالة النادرة تعتبر الإصابة قد حدثت بفعل الحيوان ، لأنه عندما أحدث الضرر يكون زمامه قد أفلت من يد الإنسان [١].

٧٨- أن يترتب على الفعل ضرر بالغير :

يجب لتحقق المسئولية أن يترتب على الفعل الإيجابى الذى يصدر من الحيوان ، ضرر بالغير .

وتضمن الحراسة كافة أنواع الضرر التى تحدث بفعل الحيوان، سواء فى النفس أو المال ، كما إذا دهس حيوان شخصا فجرحه أو قتله ، أو إذا أتلف الحيوان مالا مملوكا للغير ولو كان هذا المال حيوانا مثله ، أو إذا عض كلب شخصا فأحدث به ضررا ، أو إذا انتقل مرض معد من حيوان مريض إلى حيوان آخر ، فكل هذه تعتبر أضرار يكون الحارس مسئولا عنها [٢].

---

(١) السنهورى ٨٩٩- عبد المنعم الصده ص ٥٦٤- أحمد حشمت أبو ستيت ص ٤٩٥- حسين عامر وعبد الرحيم عامر ص ٦٨٧ ومابعدها .

(٢) السنهورى ص ٩٠٠ - الدناصورى والشواربى ص ٣٢٩- سمير تناغو ص ٤٢٩ .

والضرر الذى يحدثه الحيوان قد يقع على الغير- كما هو الغالب- ويعتبر فى حكم الغير تابع المالك إذا لم تنتقل إليه الحراسة ، كالسائق أو السايس .

وقد يقع الضرر على المالك إذا لم يكن – هو الحارس ، فيعتبر المالك غيرا فى هذه الحالة .

وإذا أوقع الحيوان الضرر بالحارس نفسه ، فلا يستطيع الحارس أن يرجع على المالك إلا إذا أثبت خطأ فى جانبه طبقا للقواعد العامة، كأن يكون قد أخفى عن الحارس عيبا فى الحيوان يعرفه[1].

ولايسرى نص المادة على الضرر الذى يوقعه الحيوان بنفسه، كما إذا دار فالتف الحبل المربوط على رقبته فاختنق ، فالضرر المعنى هو الذى يصيب الغير . فليس للمالك إذا أحدث حيوانه ضررا بنفسه ، أن يتمسك ضد الحارس بالمسئولية المفترضة طبقا للمادة ١٧٦ ، ولكن له أن يرجع عليه طبقا للمادة ١٦٣ مدنى ، إذا ثبت خطأ فى جانب ذلك الحارس ، وعلاقة السببية بين خطئه وبين ما حدث من ضرر[2].

---

(١) مصطفى مرعى ص٢٣٧- الدناصورى والشواربى ص ٣٣٠- السنهورى ص ٩٠١ – أحمد حشمت أبو ستيت ص ٤٩٦.

(٢) حسين عامر وعبد الرحيم عامر ص ٦٨٨ ومابعدها – أحمد حشمت أبو ستيت ص ٤٩٦.

وإذا كانت هناك علاقة تعاقدية مــا بــين حــارس الحيــوان والمضرور ، كما إذا استأجر شخص الحيوان وصاحبه لينقله مــن مكان إلى آخر، فأضر الحيوان بالمستأجر ، فإن صاحب الحيــوان فى هذه الحالة يكون مسئولا مسئولية عقدية لا مسئولية تقصيرية ، لأنه التزم فى عقد النقل بضمان سلامة الراكب [1].

٧٩ـ أساس مسئولية حارس الحيوان :

يذهب الرأى السائد إلى أن أساس مسئولية حارس الحيوان هــو خطأ مفترض فى جانب الحارس، مؤداه إخلاله بما يفرضه عليــه القانون من واجب الحراسة . وهو خطأ مفترض لا يقبــل إثبــات العكس ، بخلاف الخطأ المفترض فى جانب متولى الرقابــة فهــو افتراض يقبل إثبات العكس . فهذه القرينة تعفى المصاب من إثبات خطأ المدعى عليه فى دعوى التعويض .

ولا يجوز للحارس أن ينفى الخطأ عن نفسه ، بأن يثبت أنه لــم يرتكب خطأ وأنه قام بما ينبغى من العناية حتى لا يحدث الحيــوان الضرر . ذلك أن الضرر لم يحدث إلا لأن زمام الحيوان قد أفلــت من يده ، وهذا الإفلات هو ذات الخطأ . وقد ثبت الإفــلات بــدليل وقوع الضرر ، فلا حاجة إذن لإثباته بدليل آخر ، ولا جدوى مــن

---

(١) الدناصورى والشواربى ص ٣٣٠ .

نفيه بإثبات العكس وهذا هو المعنى المقصود من أن الخطأ مفترض افتراضا لا يقبل إثبات العكس ، فهو خطأ قد تم إثباته ، ولايتصور إذن أن يثبت عكسه [١].

ويرتب البعض على ذلك أن حارس الحيوان لا يجوز أن يكون عديم التمييز ، لأن مسئوليته قائمة على الخطأ وعديم التمييز لايتصور منه الخطأ [٢].

بينما يذهب البعض – بحق– إلى أن التمييز ليس بشرط إلا حيث يسأل الشخص عن فعله هو أما حيث يكون فى مقام المسئول عن عمل غيره فإنه يسأل ولو كان غير مميز ، وأن من الممكن أن يقال إن نائبه هو الذى يتولى عنه سلطة الرقابة والتوجيه [٣].

---

(١) السنهورى ص ٩٠٢ ومابعدها – مصطفى مرعى ص ٢٤١– محمود جمال الدين زكى ص ٣٠٧– أحمد حشمت أبو ستيت ص ٤٩٦– حسين عامر وعبد الرحيم عامر ص٦٧٩– المستشار أنور العمروسى ص ٤٥٢– وعكس ذلك عبد المنعم الصده ص ٥٦٠ فيرى أن المسئولية التى تضعها المادة على عاتق حارس الحيوان تقوم على فكرة التضامن الاجتماعى وليس أساسها الخطأ . ويترتب على هذا التكييف أن هذه المسئولية تتحقق حتى لو كان حارس الحيوان غير مميز .

(٢) السنهورى ص ٩٠٣ .

(٣) أحمد حشمت أبو ستيت ص ٤٩٧ هامش (٢) .

وقد أخذت بهذا الرأى مذكرة المشروع التمهيدى إذا جاء بها :

" ويلاحظ من ناحية أخرى أن المشروع اختار صراحة فكرة الخطأ المفترض ، وجعل منها أساسا لمسئولية حارس الحيوان . وقد جرى القضاء المصرى على اتباع هذا الرأى ، رغم أن المادة ٢١٥/١٥٣ من التقنين المصرى لم تذكر شيئا فى هذا الشأن . وقد وقفت التقنينات الأجنبية من فكرة افتراض الخطأ هذه ، مواقف مختلفة ، فيما يتعلق بقوة القرينة التى تقوم عليها من حيث جواز سقوطها أو عدم سقوطها بإثبات العكس . فبعض هذه التقنينات يبيح لحارس الحيوان الاكتفاء بإقامة الدليل على أنه التزم الحيطة الواجبة لمنعه من الإضرار ، أو لرقابته (المادتان ٨٦/٩٤ من التقنينين التونسى والمراكشى ، والمادة ٢٣٩٤ من التقنين البرتغالى والمادة ٨٣٤ من التقنين الألمانى والمادة ١٣٢٠ من التقنين النمساوى المعدل والمادة ٥٦ من تقنين الالتزامات السويسرى ، والمادة ١٥٢٧ من التقنين البرازيلى ، والمادة ١٩٠ من التقنين الصينى) . وبعضها لا يبيح إلا إثبات السبب الأجنبى (المادة ٨١ من المشروع الفرنسى الإيطالى ، والمادة ١٢٩ من التقنين اللبنانى ، والمادة ١٩٠٥ من التقنين الأسبانى) وهذا هو ما اختاره القضاء المصرى والقضاء الفرنسى . ويتوسط التقنين البولونى هذين الرأيين ، فيكتفى من حارس الحيوان بإقامة الدليل على أن خطأ ما لم يقع منه ،

أو من أحد ممن يسأل عنهم (المادة ١٤٨) ومع ذلك فهو يجيز للمحكمة رغم قيام هذا الدليل ، أن تلزم مالك الحيوان أو مستخدمه بتعويض كل الضرر أوبعضه ، إذا اقتضت العدالة ذلك ، مع مراعاة الظروف ، ويسار المضرور ومالك الحيوان أو مستخدمه ، بوجه خاص (المادة ١٤٩ فى فقرتها الأخيرة) . ولم يبح المشروع إلا إثبات السبب الأجنبى، اقتداء بما جرى عليه القضاء المصرى فى هذا الشأن "[١].

٨٠ـ دفع المسئولية يكون بنفى علاقة السببية :

لايستطيع حارس الحيوان نفى مسئوليته إلا بنفى علاقة السببية بين فعل الحيوان وبين الضرر الذى حاق بالمضرور ، وذلك بإثبات أن الضرر كان بسبب أجنبى كقوة قاهرة أو فعل المضرور أو الغير. وهذا ما نصت عليه المادة صراحة بقولها : " ... ما لم يثبت الحارس أن وقوع الحادث كان بسبب أجنبى لا يد له فيه "[٢].

ومثال القوة القاهرة ، أن يقصف الرعد بصوت شديد فيجفل الحيوان ويصيب الغير[٣].

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٢ ص ٤٢٤ ومابعدها .

(٢) السنهورى ص ٩٠٣ ومابعدها – محمود جمال الدين زكى ص ٣٠٨– مصطفى مرعى ص ٢٤٢ ومابعدها – المستشار أنور العمروسى ص ٤٥٣– محمد كمال عبد العزيز ص ١٦٣ .

(٣) الدناصورى والشواربى ص ٣٣١ .

ولا يعتبر السعر قوة قاهرة إذا أصاب كلبا وعقر الكلب إنسانا لأن السعر فى الغالب له أعراض تظهر على الحيوان من شأنها أن تلفت نظر صاحبه إلى الخطورة التى قد تنجم عنه ، فإذا لم يتنبه لهذه الخطورة ويعمل على منع شرها كان مسئولا [١].

كذلك لا يعتبر قوة قاهرة فعل الحيوان الذى يقع منه بحكم غريزته أو بسبب عيب يطرأ عليه ، يستوى فى ذلك أن يكون هذا العيب معلوما لدى الحارس أو أن يكون مجهولا منه ، ومن ثم فليس لحارس الحيوان الذى يخرج عن طوره ويحدث حدثا أن يتذرع فى درء مسئوليته بأن الحيوان كان ذا طبيعة هادئة [٢].

ومثال فعل المضرور ، دخوله مكانا مسورا بغير داع ، كحديقة مثمرة فيعضه الكلب الذى يحرسها ، ودخول زائر إحدى حدائق الحيوان ومد ذراعه بين قضبان القفص الحديدى لأى حيوان متوحش حبيس ، كالأسد أو النمر أو الفهد أو الذئب فيصيبه الحيوان بأذى ، أو محاولة الزائر أن يقدّم طعاما للحيوان فى قفصه فيحدث به جرحا [٣].

---

(١) مصطفى مرعى ص ٢٤٤ .

(٢) مصطفى مرعى ص ٢٤٤ .

(٣) للدناصورى والشواربى ٣٣١ ومابعدها .

وكذلك إذا تحرش إنسان بكلب أو أساء إليه وترتب على فعله إثارة الحيوان واعتداؤه على من تحرش به [١].

ولا يعتبر أن الخطأ قد وقع بفعل المضرور بحيث يقطع علاقة السببية، إذا تطوع شخص لكبح جماح حيوان هائج فيصاب بسبب ذلك مادام أنه قام بهذا العمل كواجب إنسانى خوفا من أن يصيب الحيوان الغير بالضرر ، ومن باب أولى إذا كان الحارس أو تابعه قد استغاث وطلب نجدته .

أما إذا لم يكن هناك شر يبرر تدخله ولم يدعه أحد لهذا التدخل، فإن مغامرته بنفسه تكون غير مستساغة ومن ثم فلا حق له فى أن يرجع على حارس الحيوان بتعويض ما أصابه من ضرر [٢].

ومثال خطأ الغير أن يعترض قائد السيارة التى تسير بسرعة حصانا يسير فى الاتجاه المعتاد ملتزما طريقه الصحيح فيضطر قائد الحصان للانحراف ليتفادى اصطدام السيارة به فيصيب طفلا بجانب الطريق .

ويجوز لحارس الحيوان أن يدفع باشتراك المضرور معه فى الخطأ .

---

(١) مصطفى مرعى ص ٢٤٥ .

(٢) مصطفى مرعى ص ٣٤٧ ومابعدها – الدناصورى والشواربى ٣٣١ .

مثال ذلك : أن يكون المضرور حدثا وقد تركه والده يقترب من حظيرة كلب عرف بالشراسة .

أو أن يترك صاحب الحمار حماره فى الطريق دون وثاقه أو تكميمه مع ما يعرفه من ميوله المؤذية فيصيب أحد المارة الذى تعرض له على سبيل اللهو والعبث .

أو أن يترك الحارس حماره على الرصيف دون قيد فيضربه أحد المارة فيركله الحمار فيصيبه .

وإذا ترك صاحب الكلب كلبه طليقا فى الطريق العام فاختلط بكلاب أخرى وأصيب أحد المارة من هذه الكلاب ولم يعرف أى كلب عضه ، فأصحاب الكلاب جميعا مسئولين بالتضامن [١].

وإذا لم يكن هناك محل لمساءلة صاحب الحيوان فيقضى له بالتعويض طبقا للقواعد العامة فى المسئولية ومثال ذلك ، أن يدخل شخص حديقة منزل بها كلب طليق رغم وجود لافتة تحمل تحذيرا بعدم دخول المنزل إلا بصحبة أحد الخدم فيعضه الكلب فإن له أن يثبت أن ثمة خطأ وقع من صاحب الحيوان أو تابعيه بتركهم الكلب يهيم فى الحديقة بغير قيد ولا كمامة وبدون داع [٢].

---

(١) الدناصورى والشواربى ص ٣٣٢ .

(٢) الدناصورى والشواربى ص ٣٣٢ .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" متى كان الحكم الابتدائى المؤيد لأسبابه بالحكم المطعون فيـــه إذ قضى بتقرير مسئولية الطاعنة (وزارة الحربية والبحرية) عـــن الضرر الناشئ عن إحدى الأفراس المملوكة لها قد أقام قضاءه على أن مورث المطعون عليها كان وكيلا عسكريا بالوزارة المـــذكورة ومن أخص أعمال وظيفته القيام بالعمل الذى قام به وفقا لما قـــرره المجلس العسكرى الذى شكل عقب وقوع الحادث وأنه وقت إصابته كان فى طريقه للخروج من ساحة العرض بعد أن تـــم اســـتعراض الخيول وأن الحادث لم يقع بقوة قاهرة أو بسبب خطأ مـــن جانـــب المصاب وأن مسئولية الطاعنة وهى مالكة الحيوان لا تتوقف وفقـــا للمادة ١٥٣ مدنى (قديم) على خطأ معين يثبت فى حقها وأنها تقوم على مظنة الخطأ وحدها وهى بمثابة قرينة قانونية تستلزم مساءلتها فإن المحكمة تكون قد نفت فى حدود سلطتها الموضـــوعية وقـــوع الحادث بقوة قاهرة أو بسبب خطأ من جانب مورث المطعون عليها وهى إذ قضت بمسئولية الطاعنة عن الضرر الذى أصاب المطعون عليها بوفاة مورثها تكون قد استندت فى هذا الشـــأن إلـــى أســـباب مسوغة لحكمها ".

(طعن رقم ١١٢ لسنة ٢٠ ق جلسة ١٩٥٢/٢/١٤)

٨١ـ تنازل المجنى عليه مقدماً عن مساءلة الحارس :

كما أن خطأ المجنى عليه يسقط حقه فى التعـويض إذا انتفـى خطأ المالك ، كذلك يسقط حق المجنى عليه إذا كان قد تنازل مقدما عن مساءلة المالك عما عسى أن يصيبه من أذى الحيوان .

ولايعترض على إجازة مثل هذا التنازل بأن أحكام المسـئولية التقصيرية ماسة بالنظام العام لأن المسئولية المقررة فـى المـادة (١٧٦) لا تقوم على تقصير وقع حتما ، وإنما تقوم علـى مظنـة التقصير فقط ولأن مالك الحيوان يملك التخلص من المسئولية عـن فعل الحيوان إذا هو أجره أو تنازل عن منفعته للغير ، ومن العبث بعد ذلك أن يحرم عليه تفادى المسئولية باتفاق يعقده مقدما مع مـن يتوقع إصابته بفعل الحيوان .

ويجوز أن يكون هذا الاتفاق ضـمنيا كمـا يجـوز أن يكـون صريحا. وعلى ذلك ليس للخيال الذى يصاب بأذى أثناء السباق أن يرجع بأى تعويض على مالك الحيوان الذى أوقع بـه الأذى ، لأن الخيال يعلم جيدا مقدار المخاطر التى يتعرض لها بعملـه ، ولأنـه قبل ضمنا القيام بمهمته تحت مسئوليته .

كذلك لا يستحق مدرب الحيوان تعويضا قبل مالكه إذا أصـابه ضرر بفعل الحيوان ، لأن عمله الذى يزاوله محوط بمخاطر هـو أكثر الناس علما بها .

لكن لا يكفى لكى يعتبر مثل هذا الاتفاق الضمنى موجودا ، أن يقبل خادم أو تابع القيام بشـــئون الحيــوان ، لأن قبــول الخدمــة لايستلزم قبول الخطر الذى قد ينشأ عنها ، إذا كان هذا الخطر بعيد الاحتمال ، ولابد لكى يعتبر هذا الاتفاق موجودا ، أن تدل ظــروف الدعوى على أن الخادم كان محيطا بعيب الحيوان إن كان معيبا أو بخطره إن كان خطرا [١].

---

(١) مصطفى مرعى ص ٢٤٦ ومابعدها .

مــادة (١٧٧)

١- حارس البناء ، ولو لم يكن مالكا له ، مسئول عما يحدثه انهدام البناء من ضرر ، ولو كان انهداما جزئيا ، ما لم يثبت أن الحادث لا يرجع سببه إلى إهمال فى الصيانة أو قدم فى البناء أو عيب فيه .

٢- ويجوز لمن كان مهددا بضرر يصيبه من البناء أن يطالب المالك باتخاذ ما يلزم من التدابير الضرورية لدرء الخطر ، فإن لم يقم المالك بذلك جاز الحصول على إذن من المحكمة فى اتخاذ هذه التدابير على حسابه .

الشــرح

مسئولية حارس البناء :

٨٢ـ مسئولية حارس البناء مستحدثة فى القانون المدنى الجديد :

الحكم الوارد بالمادة (١٧٧) مستحدث ، فلم يشتمل التقنين المدنى القديم على نص فى هذا الشأن ، ومن ثم كانت القواعد العامة هى التى تحكم هذا النوع من المسئولية ، فكان يجب على المضرور من تهدم البناء أن يثبت خطأ فى جانب الحارس .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- (أ)- " إن القانون المصرى لا يعرف إلا المسئولية التقصيرية المبنية على خطأ من تسبب فى الضرر " .

(ب)- " إذا كان الثابت بالحكم أن المالك قصر فى ترميم بلكون منزله منشأ عن ذلك وفاة أحد الناس فإن المالك يكون مسئولا قبل ورثة المتوفى عن تعويض الضرر ولا تنتفى عنه هذه المسئولية إلا بنفى الفعل الضار عنه. ولايجديه فى ذلك تمسكه بأن العين مؤجرة ، وأنه اشترط على المستأجر أن يقوم بالتصليحات اللازمة ، وأن هذا يجعل المسئولية واقعة على المستأجر الحائز للعين . على أن هذا لايمنعه من الرجوع على المستأجر إذا رأى أنه مسئولا أمامه".

(طعن رقم ٢ لسنة ٧ ق جلسة ١٩٣٧/٦/١٧)

٢- " متى كان الحكم المطعون فيه إذ قضى بالتعويض للمطعون عليهم عن الأضرار التى لحقت منزلهم قد حمل الطاعنة مسئولية سقوط حائط منزلها دون بيان وجه خطئها فى ذلك مع وجوب هذا البيان عملا بالمادة ١٥١ من القانون المدنى القديم المنطبق على واقعة الدعوى والذى لم يرد فيه نص كالمادة ١٧٧ من القانون المدنى الجديد تفترض مسئولية حارس البناء عما يحدثه انهدامه من ضرر ما لم يثبت أن الحادث لا يرجع سببه إلى إهمال فى الصيانة أو قدم فى البناء أو عيب فيه ، وهذا تشريع مستحدث لا يسرى إلا من تاريخ العمل به ، فإن هذا الحكم يكون قد خالف القانون وشابه القصور ".

(طعن رقم ١٧٣ لسنة ٢١ ق جلسة ١٩٥٣/١٠/٢٢)

٨٣ـ شروط مسئولية حارس البناء :

يشترط لتحقق مسئولية حارس البناء تحقق شرطين هما :

١- أن يتولى شخص حراسة بناء .

٢- أن يحدث انهدام البناء ضررا للغير .

ونعرض لهذين الشرطين بالتفصيل فيما يلى :

الشرط الأول :

أن يتولى شخص حراسة بناء :

يشترط لتحقق مسئولية حارس البناء ، أن يتولى شخص حراسة بناء .

ويقتضى هذا الشرط التعرض لأمرين : الأول المقصود بالحارس والثانى المقصود بالبناء .

٨٤ـ أولاً : المقصود بالحارس :

المقصود بالحارس – كما رأينا بالنسبة للحارس على الحيوان- من له السلطة الفعلية على البناء والتصرف فى أمره ، إذ أن هذا هو المعيار الذى يتفق مع ما تقضى به المادة ١٧٧ مدنى من أن "حارس البناء ، ولو لم يكن مالكا له ، مسئول عما يحدثه انهدام البناء من ضرر " فيكون ملتزما بصيانته وترميمه وتلافى أسباب إضراره بالناس.

وفى ضوء هذا المعيار لايتحتم أن يكون الحارس هو من له الحيازة المادية ولا من له الحيازة القانونية كما يستوى أن تكون السلطة على البناء شرعية أو غير شرعية ، فالمغتصب يعتبر هو الحارس الذى يسأل عما يحدثه انهدام البناء من ضرر .

وتطبيقا لهذا المعيار، يعتبر مالك البناء هو فى الأصل الحارس. وهذا افتراض تنهض به القواعد العامة فىعبء الإثبات . فالأصل أن مالك البناء هو الحارس ، وعلى من يدعى خلاف ذلك أن يثبت ما يدعيه . فإذا رفع المضرور الدعوى على المالك فلا يكون عليه أن يثبت أن المالك هو الحارس ، إذ يقوم هذا الافتراض لصالحه، بل يكون على المالك أن يثبت أنه لم يكن هو الحارس وقت وقوع الضرر [١].

والمشترى بعد تسجيل العقد يعتبر مالكا للبناء ، ولكن إذا كان البائع لم يسلمه له بعد فتظل الحراسة له ، وعلى العكس تنتقل الحراسة إلى المشترى ولو لم يكن قد سجل عقده إذا كان قد تسلم البناء ، والمقاول الذى قام بتشييد البناء يعتبر حارسا حتى يسلمه لمالكه [٢].

---

(١) محمود جمال الدين زكى ص ٣٠٩ .

(٢) السنهورى ص ٩٠٨ – الدناصورى والشواربى ص ٣٣٨ .

وكذلك تنتقل الحراسة إلى من له السيطرة الفعلية على البناء من دون المالك ، كالدائن المرتهن رهن حيازة وواضع اليد سواء بحسن نية أو بسوء نية .

أما المستأجر والحارس فلا يعتبران فى مركز الحارس- فى أغلب الأحوال- لأن السيطرة على البناء- خلافا للحيوان والمنقول- تبقى عادة عند المالك - ما لم يتفق على غير ذلك - بشرط أن يتأكد المالك من قيام المستأجر بواجباته لكن إذا أقام المستأجر بناء فى العين المستأجرة اعتبر حارسا له إلى أن تنتقل ملكية هذا البناء إلى المالك ووفقا للاتفاق أو لقواعد الالتصاق(١).

ولا يعتبر المستأجر حارسا للبناء ولا يسأل عما يحدث من تهدمه حتى لو أهمل فى إخطار المالك بحالة البناء وحاجته إلى الترميم العاجل وحتى لو كان مشترطا أن يقوم هذا المستأجر بتلك الإصلاحات (٢).

ولا يعتبر التابع حارسا .

وإذا تعدد الملاك كانت الحراسة لهم جميعا ما لم يثبت انفراد أحدهم بها .

---

(١) السنهورى ص ٩٠٨ ومابعدها - محمود جمال الدين زكى ص ٣٠٩- الدناصورى والشواربى ص٣٣٨ - محمد كمال عبد العزيز ص١٦٣٣.

(٢) حسين عامر وعبد الرحيم عامر ص ٧٠٤ ومابعدها .

وتثبت الحراسة للمالك ولو كان قاصرا أو غير مميز [١].

وتثبت الحراسة للشخص الطبيعي والشخص المعنوى على السواء ، فتثبت الحراسة للجمعيات والشركات أو أحد الأشخاص المعنوية العامة .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " المقصود بحارس البناء هو من تكون له السيطرة الفعلية لحساب نفسه أو لحساب غيره ، فالحراسة تكون فى الأصل للمالك ولا تنتقل **بالإجارة أو الحيازة للمستأجر** – مالم يقض الاتفاق بغير ذلك- إذ أن المالك دون المستأجر هو المطالب بتعهد ملكه وموالاته بأعمال الصيانة والترميم ، فإذا قصر فى ذلك كان مسئولا عن الضرر الذى يصيب الغير بهذا التقصير ، ومن ثم فلا يحق للطاعنة مالكة العقار أن تنفى مسئوليتها التقصيرية عن تهدم العقار وإحداث الضرر بقيام العلاقة التعاقدية بينها وبين المستأجر – المطعون عليها الثالثة – وإذ كان ما نصت عليه المادة ٥٦٨ من القانون المدنى من وجوب قيام المستأجر بإخطار المؤجر للقيام بإجراء أعمال الصيانة لا يسرى على أحوال المسئولية التقصيرية ، وكان

(٢) محمد كمال عبد العزيز ص ١٦٣٣ .

الحكم المطعون فيه قد التزم هذا النظر فإن النعى يكون على غير أساس " .

(طعن رقم ٦١٦ لسنة ٤٦ ق جلسة ١٩٨٠/١٢/٢)

٢-(أ)- " مفاد نص المادة ١٧٧ من القانون المدنى أن حارس البناء الذى يفترض الخطأ من جانبه على مقتضى نص هذه المادة هو ذلك الشخص الطبيعى أو المعنوى الذى تكون له السيطرة على البناء بأن يكون ملتزما بصيانته وترميمه وتلافى أسباب إضراره بالناس ، فالمسئولية المنصوص عليها فى تلك المادة تتعلق بهدم البناء كليا أو جزئيا بغير تدخل إنسان . والأصل أن تكون الحراسة للمالك ما لم يثبت انتقالها إلى الغير بتصرف قانونى كالبيع أو المقاولة ، وكان من المقرر فى القانون أن من يشترك فى أعمال الهدم والبناء لايسأل إلا عن نتائج خطئه الشخصى فصاحب البناء لا يعتبر مسئولا مدنيا عما يصيب الناس من الأضرار عن هدم البناء بسبب عدم اتخاذ الاحتياطات المعقولة إلا إذا كان العمل جاريا تحت ملاحظته وإشرافه الخاص ، فإذا عهد به كله أو بعضه إلى مقاول مختص يقوم بمثل هذا العمل عادة تحت مسئوليته فإن الأخير هو الذى يسأل عن نتائج خطئه ".

(ب)- " العبرة فى قيام الحراسة الموجبة للمسئولية على أساس الخطأ المفترض - وأيا كان وجه الرأى فى مدى اعتبار الوكيل

تابعا للموكل- هى بسيطرة الشخص على البناء سيطرة فعلية لحساب نفسه ، ولما كان التابع يعمل لحساب متبوعه ولمصلحته ويأتمر بأوامره ويتلقى تعليماته فإنه يكون خاضعا للمتبوع مما يفقده العنصر المعنوى للحراسة ويجعل المتبوع هو الحارس على العقار".

(طعن رقم ١٦٤١ لسنة ٥٠ق جلسة ١٩٨٤/٤/٢٦)

كما قضت محكمة النقض – الدائرة الجنائية – بأن :

١- إن المالك دون المستأجر هو المطالب بتعهد ملكه وموالاته بأعمال الصيانة ، والترميم ، فإذا قصر فى ذلك كان مسئولا عن الضرر الذى يصيب الغير بهذا التقصير، ولا يعفيه من المسئولية أن يكون المستأجر قد التزم قبله بأن يقوم بأعمال الترميم والصيانة اللازمة للعين المؤجرة ، إذ على المالك إخلاء لمسئوليته إزاء الغير أن يتحقق من قيام المستأجر بما التزم به فى هذا الشأن " .

(طعن رقم ٢٤٨٥ لسنة ٥٥ ق جلسة ١٩٨٦/٦/٢٢) [1]

---

(١) ويلاحظ هنا الخلاف بين قضاء الدائرة المدنية وبين قضاء الدائرة الجنائية- فالدائرة المدنية ترى أنه يجوز اتفاق الملك مع المستأجر على نقل الحراسة إليه ، أما الدائرة الجنائية فترى أنه رغم وجود مثل هذا الاتفاق . يجب على المالك أن يتحقق من قيام المستأجر بما التزم به فى هذا الشأن. وهو الأرجح فى رأينا .

٨٥ـ ثانيا : المقصود بالبناء :

المقصود بالبناء هنا أى مجموعة من المواد مهما كان نوعها – خشبا أو جيرا أو جبسا أو حديدا ، شيدتها يد الإنسان لتتصل بالأرض اتصال قرار بحيث يعتبر عقارا بطبيعته ، سواء كانت فوق الأرض أو تحتها ، وأيا كان الغرض الذى يعد له البناء . ومثل ذلك العمد التذكارية والتماثيل والقناطر والسدود والأنفاق وأنابيب المياه والمجارى ، وذلك بجانب البيوت والمخازن والأسوار والجدران[١].

ووصف البناء يصدق على العقارات بطبيعتها دون العقار بالتخصيص كمصعد العمارة ويراعى أنه لا يشترط أن يكون البناء معدا لسكنى الإنسان فيصح أن يكون معدا لإيواء الحيوان كحظائر الماشية أو لحفظ الأشياء غير الحية كالمخازن .

الشرط الثانى :

أن يحدث انهدام البناء ضررا بالغير .

وهذا الشرط يقتضى تناول عنصرين : انهدام البناء وحصول ضرر للغير .

---

(١) السنهورى ص ٩٠٩– محمود جمال الدين زكى ص ٣٠٩ .

٨٦ـ أولاً : انهدام البناء :

المقصود بانهدام البناء تفككه وانفصاله عن الأرض ويستوى أن يكون التهدم كليا أو جزئيا ، كانهيار البناء كله أو سقوط السقف أو أحد الجدران أو الشرفة أو السلم .

وإذا لم يتهدم البناء فلا ينطبق حكم المادة (١٧٧) حتى لو كان الضرر آتيا من البناء . فلو أن شخصا زلفت قدمه وهو يمشى على أرضية بناء دهنت بمادة لزجة فأصيب بضرر أو سقط من فتحة فى سطح الدار لم تكن محاطة بحاجز ، وجب عليه أن يثبت خطأ فى جانب المسئول[١].

وإذا كان يلزم أن يكون ثمة تهدم ، إلا أن المفهوم أن يكون التهدم راجعا للبناء ذاته (لسبب نقص فى الصيانة أو قدم أو عيب فيه) ، ومن ثم فإن الضرر الذى ينجم من الحريق لا يمكن أن يعتبر ناجما من تهدم البناء ، حتى ولو كان التهدم نتيجة للحريق، على الأقل متى كان سقوط البناء عقب الحريق . أما إذا كان سقوط البناء عقب الحريق بمدة كافية فإن ما يحدث من ضرر من جرائه يعتبر ناجما من تهدم البناء يسأل عنه حارسه ، إذ التهدم يعتبر عندئذ راجعا إلى البناء وإلى تقصير حارسه [٢].

---

(١) عبد المنعم الصده ص ٥٦٩ .

(٢) السنهورى ص ٩١١ وهامش (٢) عبد المنعم الصده ص ٥٦٩ – أحمد حشمت أبو ستيت ص ٥٠١ .

٨٧ـ ثانيا : حصول ضرر للغير :

تطبق المادة ١٧٧ إذا كان الضرر الذى أحدثه انهدام البناء قد وقع على الغير ، أى على غير الحارس ، وذلك على التفصيل الذى ذكرناه بصدد مسئولية الحارس على الحيوان .

فهذا الغير قد يكون أجنبيا عن الحارس ، وقد يكون هو تابع الحارس ، وقد يكون هو المالك إذا كان شخصا غير الحارس .

٨٨ـ أساس مسئولية حارس البناء ودفع المسئولية :

ذهب رأى فى الفقه إلى أن مسئولية حارس البناء تستند إلى خطأ فى جانب الحارس بإهمال صيانة البناء أوتجديده أو إصلاحه ، وهو خطأ مفترض فى جانب الحارس ، لايقبل إثبات العكس ، فمتى أثبت المضرور أن الضرر الذى لحقه كان نتيجة تهدم البناء ، قامت مسئولية الحارس .

ولايستطيع أن ينفى خطأه المفروض بأن يقيم الدليل على قيامه بصيانة البناء أو تجديده أو إصلاحه (١).

ولكن يستطيع أن يدفع مسئوليته بأن ينفى علاقة السببية بين خطئه المفترض والضرر الذى وقع ، بإقامة الدليل – كما تقول المادة – على أن الحادث لايرجع سببه إلى إهمال فى الصيانة أو

---

(١) محمود الدين زكى ص ٣١٠ – محمود كمال عبد العزيز ص ١٦٣٤ ومابعدها – أحمد حشمت أبو ستيت ص٥١٥ .

قدم فى البناء أو عيب فيه . بل يرجع إلى القوة القــاهرة أو خطــأ الغير أو خطأ المضرور نفسه أو كان يرجع إلى حريق شبت فيه ، أو زلزال أسقط جزءا منه أو قنابل ألقيت عليه[1] .

---

(١) ويذهب بعض الفقهاء عكس ذلك وأن الخطــأ المفتــرض فــى جانــب الحارس ذو شقين ، الشق الأول منه يقوم على أن التهدم سببه إهمال فى صيانة البناء أو تجديده أو إصلاحه ، والشق الثانى يقوم علــى أن هــذا الإهمال منسوب إلى خطأ الحارس . والشق الأول مــن هــذا الخطــأ المفترض يقبل إثبات العكس أما الشق الآخر فلا يقبل فيستطيع حــارس البناء أن ينفى الشق الأول ، بأن يثبت أن التهدم ليس سببه إهمالا فــى صيانة البناء أو فى تجديده أو فى إصلاحه . وهو يستطيع ذلك بإحــدى وسيلتين : إما بإثبات أن البناء لم يكن فى حاجة إلى صيانة أو إلى تجديد أو إلى إصلاح ، بل كان الحارس قائما كما ينبغى بصــيانته وتجديــده وإصلاحه ، وإما بإثبات أن التهدم كان نتيجة لسبب غير الحاجــة إلــى الصيانة أو التجديد أو الإصلاح، كحريق شب فىالبناء أو تغيرات دمرته أو قنابل ألقيت عليه أو نحو ذلك . فإذا قام بهذا الإثبات ، دفع عن نفسه الخطأ المفترض ، ووجب تطبيق القواعد العامة ، وتعين على المضرور أن يثبت خطأ فى جانبه . أما إذا لم يستطع أن ينفى الشق الأول ، بقــى هذا الشق مفترضا فى جانبه ، وكذلك يبقى الشق الثــانى مفترضــا لأن افتراضه لا يقبل إثبات العكس . ويعتبر الإهمال فى الصيانة أو التجديد أو الإصلاح منسوبا إلى خطئه . ولايستطيع الحارس فى هذه الحالة أن يدفع عنه المسئولية إلا بنفى علاقة السببية ما بين تهدم البناء والضــرر الذى وقع (السنهورى ص ٥١٣ ومابعدها- الدناصورى والشواربى ص ٣٤٠ – عبد المنعم الصده ص ٥٧١).

وقد أخذت بهذا الرأى مذكرة المشروع التمهيدى فقد جاء بها :

"لم يعرض التقنين المصرى للمسئولية عن البناء ، ولذلك جرى القضاء المصرى بشأنها على تطبيق القواعد العامة ، وجعل من الخطأ الثابت أساسا لها ، ولو أنه لا يتشدد كثيرا فيما يتعلق بجسامة هذا الخطأ ، أما المشروع فقد آثر تأسيس هذه المسئولية على الخطأ المفروض ، وألقى عبئها على حارس البناء دون مالكه ، على خلاف ما اختار التقنين الفرنسى . فتظل مسئولية الحارس قائمة ما لم يثبت أن تداعى البناء ، لا يرجع إلى إهمال فى صيانته أو قدم أو عيب فى إنشائه ، أما التقنين الفرنسى ، فيلزم المضرور ، على النقيض من ذلك ، بإقامة الدليل على إهمال الصيانة أو القدم أو العيب فى إنشاء البناء . فإذا تم له تحصيل هذا الدليل ، أصبح مفروضا أن تداعى البناء يرجع إلى أحد هذه الأسباب ، ويكون إذن ناشئا عن خطأ المالك "(١).

وبهذا الرأى أخذت محكمة النقض إذ قضت بأن :

١- " مسئولية حارس البناء تقوم قانونا عند تهدم البناء كليا أو جزئيا وهى تستند إلى خطأ مفترض فى جانب الحارس بإهمال صيانة البناء أو التجديد أو الإصلاح ، وهو خطأ لا يقبل إثبات

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٢ ص ٤٣١ .

العكس بإقامة الدليل على قيامه بالصيانة أو التجديد أو الإصلاح ، وإن كانت المسئولية تنتفى بنفى علاقة السببية بين هذا الخطأ المفترض وبين الضرر بإثبات أن وقوع التهدم ولو كان جزئيا- لايرجع إلى إهمال فى الصيانة أو قدم البناء أو عيب فيه وإنما يرجع إلى القوة القاهرة أو خطأ الغير أو خطأ المضرور نفسه ".

(طعن رقم ٦١٦ لسنة ٤٦ ق جلسة ١٩٨٠/١٢/٢)

٢- " تقوم مسئولية حارس الشئ المقررة بالمادة ١٧٨ من القانون المدنى على أساس خطأ مفترض وقوعه من حارس الشئ افتراضا لا يقبل إثبات العكس ولا تدرأ عنه بإثبات أنه لم يرتكب خطأ ما وأنه قام بما ينبغى من العناية والحيطة حتى لايقع الضرر من الشئ الذى فى حراسته . وإنما ترتفع عنه – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – إذا ثبت أن وقوع الضرر كان بسبب أجنبى لا يد له فيه . وهذا السبب لا يكون إلا بقوة قاهرة أو خطأ المضرور أو خطأ الغير ".

(طعن رقم ١٠٦٣ لسنة ٤٨ ق جلسة ١٩٨١/١٢/٢)

٣-(أ)- " نص المادة ١/١٧٧ من القانون المدنى قد نظم أحكام مسئولية حارس البناء على الأضرار الناشئة عن تهدمه بسبب قدمه أو عيب فيه أو الإهمال فى صيانته ، وكانت نصوص القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ التى خلت من النص صراحة على إلغاء تلك

المادة – لم تتضمن تنظيما لأحكام تلك المسئولية بل اقتصرت على تحديد الإجراءات والاحتياطات الواجب اتباعها فى شأن المنشـآت الآيلة للسقوط أو تلك التى تحتاج إلى تـرميم أو صـيانة وطـرق الطعن فى القرارات الصادرة بشأنها وهو ما لا يحول دون إعمـال هذه القواعد وقاعدة مسئولية حارس البناء معـا كـل فـى مجالـه الخاص فى التطبيق ، فإن نصوص القانون رقم ٤٩ لسـنة ١٩٧٧ لاتكون ناسخة لنص المادة ١/١٧٧ من القانون المدنى ".

(ب)- " مفاد نص المـادة ١/١٧٧ مـن القـانون المـدنى أن مسئولية حارس البناء عن الضرر الناشئ عن تهدمه كليا أو جزئيا تقوم على خطأ مفترض فى جانب الحارس بإهمال صيانة هذا البناء أو تجديده أو إصلاحه ، وهو خطأ لا يقبل إثبـات العكـس ، وإن كانت المسئولية تنتفى بنفى علاقة السببية بين هذا الخطأ المفتـرض وبين الضرر بإثبات أن وقوع التهدم ولو كان جزئيا لا يرجع إلـى إهمال فى الصيانة أو قدم فى البناء أو عيب فيه وإنما يرجـع إلـى القوة القاهرة أو خطأ الغير أو خطأ المضرور نفسه ".

(ج)- " من المقرر فى قضاء هذه المحكمة- ألا يعيب الحكـم بالقصور إغفاله الرد على دفاع غير مؤثر فى الدعوى ، وإذ كـان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه بمسئولية الطاعنين على سند من خطئهم المفترض بوصفهم حراسا للبناء عملا بالمادة ١/١٧٧ مـن

القانون المدنى ، فإن ما أثاره الطاعنون بدفاعهم – بفرض صحته- لم يكن يؤدى إلى تهدم البناء فلا يعد سببا أجنبيا تنتفى بـه علاقـة السببية بين خطأ الطاعنين المفترض وبين الضرر بمـا لا يعيـب الحكم إغفال الرد عليه أو تحقيقه ".

(طعن رقم ٢٣٤٨ لسنة ٥٣ ق جلسة ١٩٨٦/٢/٢٠)

٤- (أ)- " نص المادة ١/١٧٧ من القانون المـدنى قـد نظـم أحكام مسئولية حارس البناء عن الأضرار الناشئة عن تهدمه بسبب قدمه أو عيب فيه أو الإهمال فى صيانته ، وكانت نصوص القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ – التى خلت من النص صراحة على إلغـاء تلك المادة – لم تتضمن تنظيما لأحكام تلك المسئولية بل اقتصـرت على تحديد الإجراءات والاحتياطات الواجب اتباعهـا فـى شـأن المنشآت الآيلة للسقوط أو تلك التى تحتاج إلى تـرميم أو صـيانة وطرق الطعن فى القرارات الصادرة بشأنها وهو ما لا يحول دون إعمال هذه القواعد وقاعدة مسئولية حارس البناء معا كل فى مجاله الخاص فى التطبيق ، فإن نصوص القانون رقم ٤٩ لسـنة ١٩٧٧ لاتكون ناسخة لنص المادة ١/١٧٧ من القانون المدنى ".

(ب)- " مفاد نص المـادة ١/١٧٧ مـن القـانون المـدنى أن مسئولية حارس البناء عن الضرر الناشئ عن تهدمه كليا أو جزئيا تقوم على خطأ مفترض فى جانب الحارس بإهماله صـيانة هـذا

البناء أو تجديده أو إصلاحه وهو خطأ لا يقبل إثبات العكس ، وإن كانت المسئولية تنتفى بنفى علاقة السببية بين هذا الخطأ المفترض وبين الضرر بإثبات أن وقوع التهدم ولو كان جزئيا لا يرجع إلى إهمال فى الصيانة أو قدم فى البناء أو عيب فيه وإنما يرجع إلى القوة القاهرة أو خطأ الغير أو خطأ المضرور نفسه ".

(طعن رقم ٣٨٦٩ لسنة ٦١ ق جلسة ١٩٩٧/٥/٢٤)

٨٩ـ تسبيب الحكم الصادر برفض دعوى التعويض :

يتعين على محكمة الموضوع إذا انتهت إلى عدم مسئولية حارس العقار وإلى رفض دعوى التعويض أن تبين فى حكمها سندها فى ذلك بأسباب كافية وسائغة .

فإذا انتهت إلى قيام السبب الأجنبى فعليها أن تبين ماهية السبب الأجنبى الذى أدى إلى تهدم البناء أو جزء منه على نحو يظهر توافر عناصره ، فلا يكفى أن تقول فى هذا الشأن أن الحادث وقع قضاء وقدرا، أو أن البناء كان قائما قبل تهدمه كالطود الأشم ، أو أنه لم يتقدم سقوطه أمارات تنبئ عن ذلك ، كذلك فإنه لايجوز لها فى سند إعفاء الحارس من المسئولية أن تبرر ذلك بوقوع تهاون من المصاب فى تفادى إصابته [١].

---

(١) الدناصورى والشواربى ص ٣٤١ .

٩٠- المسئولية العقدية هى التى تحكم تهدم البناء عند وجود عقد بين المضرور والحارس :

إذا كان هناك عقد بين المضرور وحارس البناء يلزم هذا الأخير بصيانة البناء ومنعه من الإضرار بالأول ، كما لو كان المضرور مستأجرا للبناء أو كان نزيلا فى فندق ، فإن مسئولية الحارس تكون مسئولية عقدية وليست تقصيرية ، فلا ينطبق حكم المادة لأنه إذا توافرت المسئولية العقدية فإنه تستبعد المسئولية التقصيرية (١).

أما إذا كان المضرور خادما لحارس البناء أو تابعا له ، فإن العقد فى هذه الحالة لا يلزم المتبوع بأن يكفل سلامه التابع ، فيكون الحارس مسئولا قبل التابع بمقتضى المسئولية التقصيرية (٢).

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- " وحيث إن هذا النعى صحيح ذلك أنه يبين من الحكم المطعون فيه أنه أثبت فى مدوناته أن هناك علاقة تعاقدية بين الطاعنين والمطعون ضدهم وأن بعضهم قدم عقود إيجار عن

---

(١) السنهورى ص ٩١٤– عبد المنعم الصده ص ٥٧٠–الدناصورى والشواربى ص ٣٤١ ومابعدها – محمد كمال عبد العزيز ص ١٦٣٧ ومابعدها .

(٢) السنهورى ص ٩١٤ – أحمد حشمت أبو ستيت ص ٥٠٣ .

وحدات سكنية بالمنزل الذى هدم جزء من مبانيه وقرر آخرون أنهم كانوا يقيمون بوحدات سكنية بالمنزل بوصفهم مستأجرين لها من الباطن . ولما كانت المادة ٥٦٧ من القانون المدنى قد نصت فى فقرتها الأولى على إلزام المؤجر بأن يتعهد العين المؤجرة بالصيانة وبأن يقوم بجميع الترميمات الضرورية لحفظها ، ونصت فى فقرتها الأخيرة على جواز أن يقضى الاتفاق بين المؤجر والمستأجر بغير ذلك ، مما مفاده أن التزام المؤجر طبقا لأحكام الإيجار فى القانون المدنى بصيانة العين المؤجرة وحفظها إنما هو تقرير للنية المحتملة للمتعاقدين وأنه إذا اتفق الطرفان على ما يخالفها تعين إعمال اتفاقهما ، وإذ أورد المشرع هذه المادة والمادة ٥٧٧ التى تقضى بإلزام المؤجر بضمان العيوب الخفية بالعين المؤجرة وغيرهما من النصوص التى تنظم أحكام عقد الإيجار وتبين آثاره وتحدد المسئولية عن الإخلال بتنفيذه بالفصل الأول من الباب الثانى من الكتاب الثانى من القانون المدنى ، كما أورد فى شأن العقود الأخرى المنصوص عليها بذات الكتاب الأحكام التى تناسبها فى هذا الخصوص ، وكانت المادة ١/١٧٧ من القانون المدنى الخاصة بمسئولية حارس البناء قد وردت بالفصل الثالث من الباب الأول من الكتاب الأول ضمن النصوص المتعلقة بالمسئولية عن العمل غير المشروع ، وإذ خص المشرع على هذا النحو

المسئولية العقدية والمسئولية التقصيرية كلا منهما بأحكام تستقل بها عن الأخرى وجعل لكل من المسئوليتين فى تقنينه موضعا منفصلا عن المسئولية الأخرى فقد أفصح بذلك عن رغبته فى إقامة نطـاق محدد لأحكام كل من المسئوليتين ، فإذا قامت علاقة تعاقدية محددة بأطرافها ونطاقها وكان الضرر الذى أصاب أحد المتعاقدين قد وقع بسبب إخلال الطرف الآخر بتنفيذ العقد فإنه يتعين الأخـذ بأحكـام العقد وبما هو مقرر فى القانون بشأنه باعتبـار أن هـذه الأحكـام وحدها هى التى تضبط كل علاقة بين الطرفين بسبب العقد سـواء عند تنفيذه تنفيذا صحيحا أو عند الإخلال بتنفيذه ، ولا يجوز الأخـذ بأحكام المسئولية التقصيرية التى لا يرتبط المضرور فيها بعلاقـة عقدية سابقة ، لما يترتب على الأخذ بأحكام المسئولية التقصـيرية فى مقام العلاقة العقدية من إهدار لنصوص العقد المتعلقة بالمسئولية عند عدم تنفيذه كما يخل بالقوة الملزمة له ، وذلك ما لم يثبت ضـد أحد الطرفين المتعاقدين أن الفعل الذى ارتكبه وأدى إلى الإضـرار بالطرف الآخر يكون جريمة أو يعد غشا أو خطأ جسيما مما تتحقق معه المسئولية التقصيرية تأسيسا على أنه أخل بـالتزام قـانونى إذ يمتنع عليه أن يرتكب مثل هذا الفعل فى جميع الحالات سواء كـان متعاقدا أو غير متعاقد . وقـد دل المشـرع بـإفراده لكـل مـن المسئوليتين التعاقدية والتقصيرية أحكاما مستقلة تخـتص بهـا دون

الأخرى على النحو السالف الإشارة إليه على أنـــه وضـــع المـــادة ١/١٧٧ لحماية غير المتعاقدين فى حالة تهدم البناء أو جزء منـــه، أما من يربطه بحارس البناء عقد إيجار فـــإن أحكـــام هـــذا العقـــد ونصوص القانون المدنى الواردة فى الفصل الأول من الباب الثانى من الكتاب الثانى التى تنظم أحكام عقد الإيجار تكون هى وحـــدها الواجبة التطبيق لتحديد مسئولية المؤجر . ولا يغير من ذلك ما جاء بالمذكرة الإيضاحية للقانون المدنى تعليقـــا علـــى المـــادة ٢/٥٦٥ الواردة بالكتاب الثانى ضمن أحكام عقد الإيجار من أنه " إذا كـــان بالعين المؤجرة عيب يعرض صحة المستأجر ومن معـــه لخطـــر جسيم وأصابه من ذلك ضرر بالفعل وثبت الخطأ فى جانب المؤجر فإن المستأجر يستحق التعويض طبقا لقواعد المسئولية التقصـــيرية ويجوز له أيضا أن يطلب فسخ العقد ولو كان قد تنازل عـــن هـــذا الحق مقدما لأن الأمر يتعلق بالنظام العام " ذلك أنه وقد خلت هـــذه المادة من عبارة " طبقا لقواعد المسئولية التقصيرية" وورد نصـــها آمرا فى تنظيم أحد التزامات المؤجر المترتبة علـــى العقـــد فإنـــه لايخرج مسئولية المؤجر – فى خصـــوص هـــذا الالتـــزام – عـــن طبيعتها ولا يحيلها إلى مسئولية تقصيرية وذلك مـــا لـــم يثبـــت أن المؤجر ارتكب خطأ جسيما أو غشا أو فعلا يؤثمه القـــانون علـــى النحو السالف بيانه – لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيـــه قـــد

أطلق للمطعون ضدهم الحق فى الرجوع على الطاعنين بدعوى المسئولية التقصيرية المفترضة المبينة بالمادة ١/١٧٧ من القانون المدنى بوصف الطاعنين حارسين للبناء وتأسيسا على أن المطعون ضدهم قد أصابهم ضرر من تهدم جزء منه ، والتفت الحكم عن بحث العلاقة الإيجارية السابق الإشارة إليها ومدى تطبيق أحكام المسئولية العقدية عليها وذلك لتحديد أطراف هذه العلاقة وبيان نطاقها من حيث انطباقه على البناء بأكمله أو على أجزاء منه وبيان ما يخرج عن نطاقها ويدخل فى نطاق المسئولية التقصيرية ، فإن الحكم يكون قد خالف صحيح القانون . وإذ حجب الحكم نفسه بهذه المخالفة عن بحث دفاع الطاعنين المؤسس على أن مسئوليتهما مسئولية تعاقدية وبيان مدى صحته وإنزال حكم القانون عليه ، فإنه يكون فوق مخالفته للقانون قد شابه القصور فى التسبيب بما يستوجب نقضه لهذا السبب دون حاجة لبحث باقى أسباب الطعن ".

٢- " وحيث إن هذا النعى صحيح ، ذلك أن المشرع إذ خص المسئولية العقدية والمسئولية التقصيرية كلا منهما بأحكام تستقل بها عن الأخرى . فقد أفصح بذلك عن رغبته فى إقامة نطاق محدد لأحكام كل المسئوليتين ، فإذا قامت علاقة تعاقدية محددة بأطرافها ونطاقها ، وكان الضرر الذى أصاب أحد المتعاقدين قد وقع بسبب إخلال الطرف الآخر بتنفيذ العقد ، فإنه يتعين الأخذ بأحكام العقد

وبما هو مقرر فى القانون بشأنه ، باعتبار أن هذه الأحكام وحدها هى التى تضبط كل علاقة بين الطرفين بسبب العقد ، سواء عند تنفيذه تنفيذا صحيحا أو عند الإخلال بتنفيذه ، ولا يجوز الأخذ بأحكام المسئولية التقصيرية التى لا يرتبط المضرور فيها بعلاقة عقدية سابقة ، لما يترتب على الأخذ بأحكام المسئولية التقصيرية فى مقام العلاقة العقدية من إهدار لنصوص العقد المتعلقة بالمسئولية عند عدم تنفيذه بما يخل بالقوة الملزمة له ، وذلك ما لم يثبت ضد أحد الطرفين المتعاقدين أن الفعل الذى ارتكبه وأدى إلى الإضرار بالطرف الآخر يكون جريمة أو يعد غشا أو خطأ جسيما مما تتحقق معه المسئولية التقصيرية تأسيسا على أنه أخل بالتزام قانونى ، إذ يمتنع عليه أن يرتكب مثل هذا الفعل فى جميع الحالات سواء كان متعاقدا أو غير متعاقد ، ولا أدل على ذلك من أن المشرع جاء بنص المادة ١/١٧٧ من القانون المدنى الخاصة بمسئولية حارس البناء ضمن النصوص المتعلقة بالمسئولية عن العمل غير المشروع لحماية غير المتعاقدين فى حالة تهدم البناء أو جزء منه ، أما من يربطه بحارس البناء عقد إيجار ، فإن أحكام هذا العقد ونصوص القانون المدنى التى تنظم أحكام عقد الإيجار تكون هى وحدها الواجبة التطبيق لتحديد مسئولية المؤجر. لما كان ذلك ، وكان البين من مدونات الحكم المطعون فيه أن المطعون عليها أقامت الدعوى أمام محكمة أول درجة تأسيسا على قيام علاقة

إيجارية تربطها بالطاعنة لأنها وزوجها كانا يستأجران شقة بالعقار المنهار والمملوك لمورث الطاعنة التى آلت إليها حراسته، وقد أقرت الطاعنة تلك العلاقة التعاقدية واتخذت منها أساسا لهذا الطعن ، وعلى ذلك فقد أطلق الحكم للمطعون عليها الحق فى الرجوع على الطاعنة بدعوى المسئولية المفترضة المبينة بالمادة ١/١٧٧ من القانون المدنى بوصف الطاعنة حارسة للبناء ، وتأسيسا على أن المطعون عليها قد أصابها ضرر من تهدم جزء منه، ولم يورد الحكم ما يفيد أن الفعل المنسوب للطاعنة وأدى إلى الإضرار بالمطعون عليها يكون جريمة أو يعد غشا أو خطأ جسيما بما تتحقق به المسئولية التقصيرية ، والتفت عن بحث العلاقة الإيجارية السابق الإشارة إليها ونطاقها ومدى تطبيق أحكام المسئولية العقدية عليها ، فإن الحكم يكون قد خالف صحيح القانون ، وإذ حجب الحكم نفسه بهذه المخالفة عن بحث دفاع الطاعنة المؤسس على أن مسئوليتها تعاقدية وإنزال حكم القانون عليه ؛ فإنه يكون فوق مخالفته للقانون قد شابه القصور فى التسبيب بما يستوجب نقضه لهذا السبب دون حاجة لبحث باقى أسباب الطعن ".

(طعن رقم ٢٦٨ لسنة ٤٧ ق جلسة ١٩٨١/١/٢٧)

٩١ ـ المطالبة بدرء خطر تهدم البناء :

تنص الفقرة الثانية من المادة على أن : " ويجوز لمن كان مهددا بضرر يصيبه من البناء أن يطالب المالك باتخاذ ما يلزم من

التدابير الضرورية لدرء الخطر ، فإن لم يقم المالك بذلك جاز الحصول على إذن من المحكمة. فى اتخاذ هذه التدابير على حسابه ".

فلئن كانت الفقرة الأولى من المادة ١٧٧ تشترط لمساءلة الحارس وقوع التهدم فعلا ، إلا أن الفقرة الثانية من المادة أجازت لمن يهدده البناء بالسقوط كله أو جزء منه أن يكلف المالك باتخاذ التدابير الضرورية لدرء الخطر فإن لم يستجب المالك إلى طلبه، جاز له بعد استئذان المحكمة اتخاذ هذه التدابير على حسابه أى على حساب المالك .

ويكفى لتطبيق هذا النص أن يتحقق معنى التهديد بوقوع الضرر من جراء البناء دون أن يقع فعلا ويكون التكليف فى هذه الحالة لمالك البناء وليس لحارسه [١]. لأن الأصل أن المالك هو الذى يتحمل نفقات المحافظة على ملكه وصيانته [٢].

فإذا لم يستجب المالك لهذه المطالبة ، وترتب على ذلك أن تهدم البناء وتحقق الضرر، فإنه يسأل عن هذا الخطأ الثابت وفقا للقواعد العامة ، وهذا فضلا عن مسئولية الحارس طبقا للمادة ١/١٧٧[٣].

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" وقد احتذى المشروع مثال بعض التقنينات الأجنبية ، فقرر بين أحكام المسئولية عن البناء قاعدة خاصة بشأن ما يتخذ من

(١) الدناصورى والشواربى ص ٣٣٩ ومابعدها – محمود جمال الدين زكى ص ٣١١ ومابعدها .

(٢) عبد المنعم الصده ص ٥٧٠ .

(٣) حسين عامر وعبد الرحيم عامر ص ٧٠٦ – عبد المنعم الصده ص ٥٧٠.

التدابير الوقائية ، التى لاتنطوى على معنى التعـويض . ويكفـى لإعمال هذه القاعدة أن يتحقق معنى التهديد بوقوع الضرر من جراء البناء، دون أن يقع فعلا. فلمن يتهدده هذا الضرر أن يكلف المالك ، دون الحارس ، باتخاذ ما يلزم من التدابير لدرء الخطر ، فإذا لـم يستجب مالك البناء لهذا التكليف، جاز للمحكمة أن تأذن لمن يتهدده الضرر باتخاذ هذه التدابير على حساب المالك (أنظر فى هذا المعنى المادتين ٩٠/٩٨ من التقنين التونسى والمراكشى ، والمادة ٥٩ من تقنين الالتزامات السويسرى ، والمادة ١٥١ فقرة ٢ مـن التقنـين البولونى. (أنظر عكس ذلك المادة ١١١٦من التقنين الأرجنتينى) [١].

ويعتبر كل هذا بناء ولو لم يتم تشييده[٢] ، فإن أحـدث تهدمـه ولما يزل فى دور التشييد كان الحارس – وهو المقـاول عـادة – مسئولا عنه .

ولكن لا يعتبر بناء العقارات بالتخصيص كالمصاعد أو السقالة أو التخاشيب والتعريشات التى تقام بالمكان المخصص للعمل فـى فترة مباشرته . وكذلك لايعتبر بنـاء أوانـى الـزرع أو الزهـور الموجودة بالبناء ولا أسلاك الكهرباء المعلقة فى الهواء ولو كانـت مثبتة بالبناء [٣].

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٢ ص ٤٣١ .

(٢) عبد المنعم الصده ص ٥٦٩ .

(٣) الدناصورى والشواربى ص ٣٣٩ .

مـادة (١٧٨)

كل من تولى حراسة أشياء تتطلب حراستها عناية خاصة أو حراسة آلات ميكانيكية يكون مسئولا عما تحدثه هذه الأشياء من ضرر، ما لم يثبت أن وقوع الضرر كان بسبب أجنبى لا يد له فيه، هذا مع عدم الإخلال بما يرد فى ذلك من أحكام خاصة . صراحة الأشياء التى تتطلب حراستها عناية خاصة أو حراسة آلات ميكانيكية .

الشـرح

حراسة الأشياء التى تتطلب حراستها عناية خاصة أو حراسة آلات ميكانيكية :

٩٢- استحداث هذه المسئولية بالتقنين المدنى الجديد :

لم يرد فى التقنين المدنى القديم نص يتعلق بالمسئولية المدنية عن حراسة الأشياء التى تتطلب حراستها عناية خاصة أو حراسة الآلات الميكانيكية ، الأمر الذى أدى بالمحاكم المصرية عامة أن تخضع المسئولية عن الأشياء إلى القاعدة العامة فى المسئولية أى إلى الخطأ الشخصى الواجب الإثبات ؛ فإذا لم يستطع المصاب تحصيل الدليل على خطأ المدعى عليه أو بقى سبب الضرر مجهولا فلا حق للمصاب فى تعويض ما [1].

غير أن القضاء المصرى كان يتساهل كثيرا فى استخلاص الخطأ من الوقائع .

---

(١) أحمد حشمت أبو ستيت ص ٥٠٤ .

وهذا ما أفصحت عنه مذكرة المشروع التمهيدى إذ جاء بها :

" لم يورد التقنين المصرى أى نص يتعلق بالمسئولية عن الجمادات ، وإزاء ذلك عمد القضاء المصرى إلى تطبيق القواعد العامة بشأنها، كما فعل فى المسئولية عن البناء ، فجعل ترتيبها معقودا بإقامة الدليل على وقوع الخطأ من حارس الشئ ، ولكنه جرى على التسامح كل التسامح فى استخلاص هذا الخطأ . فهو يكتفى بأقل إهمال ، بل بمجرد العلم بما ينطوى فى الشئ من أسباب الخطر ، للقول بتوافر الخطأ الذى ينبغى إقامة الدليل عليه . وهو بهذا يقيم قرينة قضائية على الخطأ ، يستعيض بها عما تقرر النصوص من قرائن قانونية فى هذا الصدد. فليس من العدل فى شئ ، مثلا ، أن يلقى عبء الإثبات على المضرور فى حادث من حوادث السيارات ، إذ يغلب أن يمتنع عليه عملا أن يتبين كيفية وقوع الحادث ، وليس شك فى أن سائق السيارة أقدر من غيره على تعليل ماوقع . ولهذه العلة اختار المشروع فكرة الخطأ المفروض ، مقتفيا فى ذلك أثر أكثر التشريعات الأجنبية ، بل وأثر القضاء الفرنسى نفسه فى مراحل تطوره الأخيرة "[1].

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٢ ص ٤٣٥ .

وقد قضت محكمة النقض بـأن :

١- " إن القانون المصرى لم يرد فيه ما يجعل الإنسان مسئولا عن مخاطر ملكه التى لا يلابسها شئ من التقصير ، بـل إن هـذا النوع من المسئولية يرفضه الشارع المصرى بتاتا ، فـلا يجـوز للقاضى- اعتمادا على المادة ٢٩ من لائحة ترتيب المحاكم الأهلية- أن يرتبه على اعتبار أن العدل يسيغه . إذ أن هذه المادة لايصـح الرجوع إليها إلا عند عدم معالجة الشارع لموضـوع مـا وعـدم وضعه لأحكام صريحة فيه جامعة مانعـة . وإذن فـالحكم الـذى يرتب مسئولية الحكومة مدنيا عما يحـدث لعامـل علـى نظريـة مسئولية مخاطر الملك التى لاتقصير فيها (المسئولية الشيئية) يكون قد أنشأ نوعا من المسئولية لم يقرره الشارع ولم يرده ، ويكون إذن قد خالف القانون ويتعين نقضه " .

(طعن رقم ١١ لسنة ٤ ق جلسة ١٩٣٤/١١/١٥)

٢- " إذا قضت المحكمة بـإلزام وزارة الأشـغال العموميـة بتعويض الضرر الناشئ عن الخلل الذى أحدثه فى منزل المـدعى تسرب المياه إليه نتيجة كسر أنبوبتها ، وأسست تقريرها على خطأ الوزارة على تقصيرها فى مراقبة الأنابيب وملاحظتها وتعهدها فى باطن الأرض والكشف عليها من آن لآخر للتأكد من سلامتها ودوام صلاحيتها ، فهذا الحكم لا يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون ".

(طعن رقم ٥ لسنة ١٦ ق جلسة ١٩٤٧/٤/١٧)

٩٣ـ شروط مسئولية حارس الأشياء :

يبين من نص المادة ١٧٨مدنى أن هناك شرطين يجب توافرهما لكى تتحقق مسئولية حارس الأشياء . الأول: أن يتولى شخص حراسة هذه الأشياء وهى الأشياء التى تتطلب حراستها عناية خاصة أو حراسة آلات ميكانيكية . والثانى : أن يحدث الشئ ضررا للغير .

ونعرض لهذين الشرطين على التوالى فيما يلى .

الشرط الأولى :

أن يتولى شخص حراسة آلات ميكانيكية أو غيرها من الأشياء التى تتطلب حراستها عناية خاصة :

هذا الشرط يتطلب أن نبين المقصود بالحراسة وأن نحدد المقصود بالأشياء فى هذا الخصوص .

٩٤ـ (أولا) : المقصود بالحراسة :

يراد بالحراسة هنا – كما رأينا بالنسبة للحيوان – من له السلطة الفعلية على الشئ فى استعماله وتوجيهه ورقابته .

فالحارس إذن هو الشخص الطبيعى أو المعنوى الذى تكون له السيطرة الفعلية على الشئ قصدا واستقلالا ، لأن العبرة فى قيام الحراسة الموجبة للمسئولية هى بسيطرة الشخص على الشئ سيطرة فعلية لحساب نفسه .

ويستوى بعد ذلك أن يستند الشخص فى هذه السيطرة إلى حـق أولا يستند ، أو أن تكون سيطرته مشروعة أو غيـر مشـروعة ، فالسارق يعد جارسا على الشئ الذى سرقه .

فيشترط فى الحراسة الفعلية المقصـودة تـوافر عنصـرين : **أولهما** عنصر مادى . **ثانيهما** ، عنصر معنوى . ونعرض لهذين العنصرين فيما يلى :

(أ) العنصر المادى :

مقتضى العنصر المادى للحراسة أن تكـون للشـخص سـلطة استعمال الشئ وتوجيهه ورقابته .

ولاتتطلب هذه السلطة أن يكون الحارس واضعا يده على الشئ ماديا أى لا تشترط الحيازة المادية للشئ . فقد يكون الشئ فى يـد شخص آخر ويكون للحارس مع ذلك سلطة استعماله ورقابته .

ولايشترط أن يمارس الشخص سلطته على الشئ فعـلا فهـو يعتبر حارسا ولو لم يكن يستعمل الشئ إذ يكفى أن تكون للشـخص هذه السلطة ولو لم يمارسها مادام أحد لايسـتطيع أن يعارضـه إذا فكر يوما فى مباشرتها .

ونبين فيما يلى المقصود بسلطة الاسـتعمال وسـلطة الرقابـة وسلطة التوجيه .

١- سلطة الاستعمال :

المقصود بسلطة الاستعمال ، أن يكون للشخص سلطة استخدام الشئ كأداة لتحقيق غرض معين .

ولايتطلب الاستعمال أن يكون الشخص مستحوذا على الشئ من الناحية المادية . فقد يثبت الاستعمال لشخص بينما يكون الشئ فـي حيازة آخر فالمهم أن يكون للحارس استخدام هذا الشئ لتحقيق مـا يشاء من الأغراض .

فالمتبوع الذى يسلم بعض أشياء لتابعــه لاســتعمالها فــى أداء وظيفتها يظل حارسا لها وإن لم يكن واضعا يده عليها ذلك أنه هــو الذى يستعمل هذه الأشياء وإن كان الاستعمال يتم بواسطة تابعــه . فمالك السيارة يستعمل سيارته ولو كان قد استأجر ســائقا لقيادتهــا والشخص الذى يترك سيارته فى الطريق العام يعد حارسا لها .

ولايشترط أن يكون الغرض الذى يستخدم الشئ لتحقيقه غرضا ماديا ، فالأغراض المعنوية تحقق معنى الاستعمال .

ويجب أن تتوافر للشخص سلطة استعمال الشئ فى الوقت الذى حصل فيه الضرر من الشئ ، وسلطة الاستعمال قد تكون بمقتضى حق عينى له على الشئ كالملكية ، أو حق شخص يستمده من عقد الإيجار والوديعة أو قرار إدارى .

٢- سلطة التوجيه :

المقصود بسلطة التوجيه ، سلطة الأمر التى ترد على استعمال الشئ ، أى سلطة تقرير كيفية الاستخدام ووقته وتحديد الغرض منه، وتعيين الأشخاص الذين يسمح لهم بالاستفادة من هذا الاستخدام . فإذا كان الشئ سيارة مثلا كانت سلطة التوجيه لمن يملك الأمر ببقائها فى الجراج أو خروجها منه وتحديد من يقودها والأماكن التى تذهب إليها إلى غير ذلك من صور الأمر .

٣- سلطة الرقابة :

المقصود بسلطة الرقابة ، ممارسة الرقابة على الشئ ذاته ، لا على طريقة استعماله . فتنطوى على سلطة فحصه وتعهده بالصيانة والإصلاح واستبدال أجزاء أخرى سليمة بما يتلف من أجزائه وذلك لضمان صلاحية للاستعمال الذى أعدله[١] .

(ب) العنصر المعنوى :

العنصر المعنوى يعنى أن يباشر الحارس سلطان الاستعمال والتوجيه والرقابة ، وهى سلطات مادية لحسابه الخاص أى بقصد تحقيق مصلحة أو فائدة شخصية له .

ولا يشترط فى المصلحة أن تكون مادية بل يصح أن تكون

---

(١) الدناصورى والشواربى ص ٣٥٥ ومابعدها - محمد كمال عبد العزيز ص١٦٥٢ ومابعدها .

أدبية، فمالك السيارة الذى يخرج بها للنزهة يحقق بها مصلحة أدبية[١].

ويعبر قضاء محكمة النقض عن هذا العنصر بأن الحارس يستعمل الشئ (قصدا واستقلالا).

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١-" النص فى المادة ١٧٨ من القانون المدنى يدل على أن الحارس الذى يفترض الخطأ من جانبه هو ذلك الشخص الطبيعى أو المعنوى الذى تكون له السلطة الفعلية على الشئ قصدا واستقلالا " .

(طعن رقم ١٣٠ لسنة ٤٥ ق جلسة ١٩٧٨/٥/٢٣)

٢- "إن مسئولية حارس الأشياء المنصوص عليها فى المادة ١٧٨ من القانون هى مسئولية تقصيرية قوامها خطأ يتمثل فى تقصير حارس الشئ فى بذل ما تقتضيه الحراسة عليه من عناية خاصة تحول دون أن يفلت زمامه من يده فيحدث الضرر ".

(طعن رقم ٢١٤ لسنة ٤٦ ق جلسة ١٩٨٠/٤/٢٣)

٣- " الحراسة الموجبة للمسئولية على أساس الخطأ المفترض طبقا لنص المادة ١٧٨ من القانون المدنى إنما تتحقق بسيطرة

---

(١) الدناصورى والشواربى ص ٣٥٦ .

الشخص الطبيعي أو المعنوى على الشئ سيطرة فعلية في الاستعمال والتوجيه والرقابة لحساب نفسه ".

(طعن رقم ٥٧٠ لسنة ٤٦ ق جلسة ١٩٨١/٦/٢)

٤- " إن نص المادة ١٧٨ من القانون المدنى يدل على أن الحراسة الموجبة للمسئولية على أساس الخطأ المفترض طبقا لهذا النص إنما تتحقق بسيطرة الشخص الطبيعي أو المعنوى على الشئ سيطرة فعلية فى الاستعمال والتوجيه والرقابة لحسابه نفسه ".

(طعن رقم ٢٢٦١ لسنة ٥٦ ق جلسة ١٩٩٢/١/٢٦)

٥- " الأصل أن تكون الحراسة لمالك الشئ إلا أنه إذا باشر شخص آخر خلافه السيطرة الفعلية على الشئ فى الاستعمال والتوجيه والرقابة لحساب نفسه فإن الحراسة تكون له دون مالكه وسواء انتقلت له السيطرة الفعلية على الشئ بإرادة المالك أو دون إرادته ".

(طعن رقم ٥٥٥ لسنة ٦٠ ق جلسة ١٩٩٤/٥/٨)

٦- كل من تولى حراسة أشياء تتطلب حراستها عناية خاص أو حراسة آلات ميكانيكية يكون مسئولا عما تحدثه هذه الأشياء من ضرر ، مالم يثبت أن وقوع الضرر كان بسبب أجنبى لا يد له فيه مفاده – أن الحارس الذى يفترض الخطأ فى جانبه على مقتضى هذا النص – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة– هو الشخص

الطبيعى أو المعنوى الذى تكون له السيطرة الفعلية على الشئ قصدا واستقلالا لأن العبرة بقيام الحراسة الموجبة للمسئولية هى بسيطرة الشخص على الشئ سيطرة فعلية لحساب نفسه ".

(طعن رقم ٢٠٥ لسنة ٦٢ ق جلسة ١٩٩٨/٤/٢٦)

٧- " لما كان الطاعن قد تمسك أمام محكمة الاستئناف بأن السيارة أداة الحادث لم تكن فى حيازته وقت وقوعه مستدلا على ذلك بما ثبت بتحقيقات قضية الجنحة المنضمة للأوراق والمستندات المرفقة بها . وكان يبين من أوراق القضية رقم ٤٠٣٤ لسنة ١٩٧٥ جنح قوص التى حررت عن الواقعة وأقوال من سئلوا بتحقيقاتها ومن كتاب الجمعية التعاونية للنقل بالسيارات بمحافظة قنا المرفق بأوراق تلك الجنحة أن السيارة أداة الحادث هى الوارد بيانها بأوراقها – رقم ٣١ نقل قنا- وأن المضابين والمتوفين كانوا يستقلونها وأنها لم تكن تعمل لحساب الطاعن وقت وقوع الحادث وإنما كانت تعمل لحساب الاتحاد الاشتراكى فى أحد المواكب بتكليف منه فلا يكون للطاعن عليها سيطرة فعلية فى الاستعمال والتوجيه والرقابة فى هذا التوقيت ولا تكون الحراسة عليها ثابتة له حينذاك وإذا استخلص الحكم – خلافا لذلك- أن الحراسة على السيارة المذكورة كانت للطاعن وقت وقوع الحادث ورتب على ذلك مسئولية عنه وإلزامه بأداء مبلغ التعويض المقضى به ورفض

دعواه الفرعية ودون أن يبين الأسانيد التى أقام عليها قضاءه فإنـــه يكون معيبا بالفساد فى الاستدلال والقصور فى التسبيب ".

(طعن رقم ٢٠٥ لسنة ٦٢ ق جلسة ١٩٩٨/٤/٢٦)

٩٥ـ تعدد الحراس :

إذا كان الأصل هو عدم تعدد الحراس بمعنى ألا تثبت الحراسة على الشئ نفسه لأكثر من شخص واحد فى الوقت نفســـه ، إلا أن مناط ذلك أن يستند هؤلاء الأشخاص المتعددون إلى إسناد مختلفة، أما إذا اتحد السند فليس ثمة ما يمنع من تعدد الحــراس وهــو مــا يطلق عليه الحراسة الجماعية ، ويقصد بها أن تثبت لأكثــر مــن شخص على نفس الشئ بسند له طبيعة واحدة ، بسلطات متســاوية فى الاستعمال والإدارة والرقابة كالشأن فــى الملكيــة الشــائعة أو المستأجرين المتعددين لعين واحدة بعقد واحد ، وذلك مشروط بــأن يثبت قيام السلطة الفعلية لهم جميعا ، أما إذا انفرد أحدهم بمباشــرة هذه السلطات كانت له وحده الحراسة فــإذا تمــت بــين المــلاك المشتاعين قسمة مهايأة زمنية، كانت الحراسة لمن اختص بالشـــئ خلال المدة المحددة له وطوال بقاء الشئ فى ســيطرته وإن كانــت مهايأة مكانية كانت الحراسة لكل من المتقاسمين على الجزء الــذى اختص به [١].

---

(١) محمد كمال عبد العزيز ص ١٦٥٨ .

٩٦ـ الأصل أن الحراسة للمالك :

الأصل أن الحراسة على الشئ تكون لمالكه ، وهــذا افتــراض تنهض به القواعد العامة فى عبء الإثبات كما ســبق أن ذكرنــا . وعلى من يدعى خلاف ذلك أن يثبت ما يدعيه .

فإذا رفع المضرور دعوى المسئولية على المالك ، فلا يكــون عليه أن يثبت أن المالك هو الحارس ، إذ يقــوم هــذا الافتــراض لصالحه ، بل يكون على المالك أن يثبت أنه لم يكن هو الحــارس وقت وقوع الضرر [١].

وإذا كان الشئ قد آل إلى المالك بعقد بيع ولــم يتسـلم الشــئ المبيع ، فإن الحراسة تكون على المشترى . ولا يكــون المشــترى حارسا إلا إذا تسلم المبيع ، ولو كان عقد البيــع بــاطلا أو قــابلا للإبطال ، أو موقوفا فيه نقل الملكية [٢].

ويفقد المالك الحراسة ، إذا فقد السيطرة علــى الشــئ دون أن يكتسبها غيره ، كما إذا كان الشئ منقولا ونزل صاحبه عن حيازته بنية التخلى عن حقه فيه . ففى هذه الحالة يفقد الشخص ســيطرته على الشئ ويصبح هذا الشئ من الأشياء المتروكة ولا يكــون لــه حارس ما [٣].

---

(١) السنهورى ص ٩٢١ ومابعدها - عبد المنعم الصده ص ٥٧٨ - محمود جمال الدين زكى ص ٣١٨ .

(٢) السنهورى ص ٩٢٢ .

(٣) الدناصورى والشواربى ص ٣٥٧ .

وإذا كان الشئ سيارة ، وسرقت من مالكها ، فإن المالك يفقد ماله على سيارته من استعمال وتوجيه ورقابة ، ومن ثم لايعتبر حارسا لها [١].

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " نصت المادة ١٧٨ من القانون المدنى على أن " كل من تولى حراسة أشياء تتطلب حراستها عناية خاصة أو حراسة آلات ميكانيكية يكون مسئولا عما تحدثه هذه الأشياء من ضرر ما لم يثبت أن وقوع الضرر كان بسبب أجنبى لا يد له فيه". ومن ثم فإن الحراسة الموجبة للمسئولية على أساس الخطأ المفترض طبقا لهذا النص إنما تتحقق بسيطرة الشخص على الشئ سيطرة فعلية لحساب نفسه ، ولما كان الثابت فى الدعوى أن الشركة الطاعنة عهدت إلى مقاول بسد فتحات فى أبواب بمبان مملوكة لها ، وفى يوم الحادث كان مورث المطعون عليه الأول عن نفسه وبصفته وهو أحد العمال التابعين للمقاول يقوم بعمله وأثناء مروره صعقه سلك كهربائى مسند على حائط فى المبنى ، فإن الحراسة على هذا السلك تكون وقت الحادث معقودة للشركة باعتبارها صاحبة السيطرة الفعلية على البناء والسلك الكهربائى الموجود فيه ، ولم تنتقل هذه

---

(١) حسين عامر وعبد الرحيم عامر ص ٧٢٨ .

الحراسة إلى المقاول لأن عملية البناء التى أسندت إليه لا شأن لهـا بالأسلاك الكهربية الموجودة فى المبنى أصـلا ، وبالتـالى تكـون الشركة مسئولة عن الضرر الذى لحق بمـورث المطعـون عليـه الأول مسئولية أساسها خطأ مفترض طبقا لنص المادة ١٧٨ سـالفة الذكر ، ولاتنتفى عنها هذه المسئولية إلا إذا أثبتت أن وقوع الضرر كان بسبب أجنبى لا يد لها فيه ".

(طعن رقم ٥٣٨ لسنة ٤٣ ق جلسة ١٩٧٧/٣/١)

٢- " لما كان الطاعن قد تمسك أمام محكمة الاستئناف بـأن السيارة أداة الحادث لم تكن فى حيازته وقت وقوعه مستدلا علـى ذلك بما ثبت بتحقيقات قضية الجنحة المنضمة للأوراق والمستندات المرفقة بها . وكان يبين من أوراق القضية رقم ٤٠٣٤ سنة ١٩٧٥ جنح قوص التى ضبطت عن الواقعة وأقوال من سئلوا بتحقيقاتهـا ومن كتاب الجمعية التعاونية للنقل بالسيارات بمحافظة قنا المرفـق بأوراق تلك الجنحة أن السيارة أداة الحادث هـى الـوارد بيانهـا بأوراقها - رقم ٣١ نقل قنا - وأن المصـابين والمتـوفين كـانوا يستقلونها وأنها لم تكن تعمل لحساب الطاعن وقت وقوع الحـادث وإنما كانت تعمل لحساب الاتحاد الاشتراكى فـى أحـد المواكـب بتكليف منه فلا يكون للطاعن عليها سيطرة فعلية فـى الاسـتعمال والتوجيه والرقابة فى هذا التوقيت ولا تكون الحراسة عليها ثابتة له حينذاك وإذ استخلص الحكم - خلافاً لـذلك- أن الحراسـة علـى

السيارة المذكورة كانت للطاعن وقت وقوع الحادث ورتب على ذلك مسئوليته عنه وإلزامه بأداء مبلغ التعويض المقضى به ورفض دعواه الفرعية ودون أن يبين الأسانيد التى أقام عليها قضاءه فإنه يكون معيباً بالفساد فى الاستدلال والقصور فى التسبيب " .

(طعن رقم ٢٠٥ لسنة ٦٢ ق جلسة ١٩٩٨/٤/٢٦)

٣- " إذا كان الثابت من مدونات الحكم المطعون فيه أن الطاعن تمسك أمام محكمة الاستئناف بعدم قبول الدعوى (دعوى التعويض) بالنسبة له تأسيسا على أن السيارة أداة الحادث مملوكة لشركة ... ومن ثم تكون هى الحارس عليها والمسئولة عنها وكان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه برفض الدفع على قول " إن مراحل تطور الدعوى منذ تحرير محضر الضبط لا تتضمن دليلا على أن المستأنف ضده الأول كان يقود السيارة لحساب غيره " وهو ما لايصلح ردا على ما اعتصم به الطاعن إذ كان يجب على المحكمة بحث دفاعه وتحقيق ما إذا كانت حراسة السيارة أداة الحادث قد انتقلت بالفعل إليه وأصبحت له السيطرة الفعلية لحساب نفسه ، خاصة وأن الثابت من شهادة البيانات التى عول الحكم المطعون فيه عليها فى قضائه أن السيارة أداة الحادث ملك لشركة .... لما كان ما تقدم فإن الحكم المطعون فيه يكون قد شابه القصور فى هذا الشأن " .

(طعن رقم ٣٦٥٩ لسنة ٦٩ ق جلسة ٢٠٠٠/٥/٣٠)

٩٧- لايعتبر التابع حارسا :

التابع لا يعتبر حارسا للشئ ، لأنه وإن كان للتابع السيطرة المادية على الشئ إلا أنه لا يعمل لحساب نفسه . حتى ولو كان المالك غير متواجد بالسيارة حال قيادة التابع لها .

ويسأل صاحب السيارةِ عن خطأ التابع (السائق) مسئولية المتبوع عن أعمال تابعه إذا ثبت خطأ في جانب السائق ، أو باعتباره حارسا للأشياء على أساس الخطأ المفترض في جانبه كما سنرى .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- " حارس الأشياء الذى يَفترض الخطأ في جانبه على مقتضى نص المادة ١٧٨ من القانون المدنى ، هو ذلك الشخص الطبيعى أو المعنوى الذى تكون له السلطة الفعلية على الشئ قصداً واستقلالا ، ولا تنتقل الحراسة منه إلى تابعه المنوط به استعمال الشئ ، لأنه وإن كان للتابع السيطرة المادية على الشئ وقت استعماله ، إلا أنه إذ يعمل لحساب متبوعه ولمصلحته ويأتمر بأوامره ويتلقى تعليماته ، فإنه يكون خاضعا للمتبوع مما يفقده العنصر المعنوى للحراسة ويجعل المتبوع وحده هو الحارس على الشئ كما لو كان هو الذى يستعمله ، ذلك أن العبرة في قيام الحراسة الموجبة للمسئولية على أساس الخطأ المفترض هى

بسيطرة الشخص على الشئ سيطرة فعلية لحساب نفسه . فإذا كانت الوزارة الطاعنة هى المالكة للطائرة وقد أعدتها لتدريب طلبة كلية الطيران وعهدت إلى مورث المطعون ضدها وهو تابعها بمهمة تدريبهم واختبارهم وأنه فى يوم الحادث حلق بها مصطحبا أحد الطلبة لاختباره ، فسقطت به ولقى مصرعه ، فإن الحراسة على الطائرة تكون وقت وقوع الحادث معقودة للطاعنة باعتبارها صاحبة السيطرة الفعلية عليها ولم تنتقل إلى مورث المطعون ضدها، وبالتالى تكون الطاعنة مسئولة عن الضرر الذى لحق به مسئولية مبنية على خطأ مفترض طبقا للمادة ١٧٨ من القانون المدنى ولا تنتفى عنها هذه المسئولية إلا إذا أثبتت أن وقوع الضرر كان بسبب أجنبى لايد لها فيه " .

(طعن رقم ٢٨٥ لسنة ٣٠ ق جلسة ١٩٦٥/٣/٢٥)

٢- " النص فى المادة ١٧٨ من القانون المدنى على أن " كل من تولى حراسة أشياء تتطلب حراستها عناية خاصة أو حراسة آلات ميكانيكية يكون مسئولا عما تحدثه هذه الأشياء من ضرر ، ما لم يثبت أن وقوع الضرر كان بسبب أجنبى لا يد له فيه " ، يدل على أن الحارس الذى يفترض الخطأ فى جانبه على مقتضى هذا النص هو ذلك الشخص الطبيعى أو المعنوى الذى تكون له السيطرة الفعلية على الشئ قصدا واستقلالا ، ولا تنتقل منه إلى

تابعه المنوط به رقابته لأنه وإن كان للتابع السيطرة المادية على الشئ إلا أنه إذ يعمل لحساب متبوعه ولمصلحته ويأتمر بأوامره ويتلقى تعليماته فإنه يكون خاضعا للمتبوع مما يفقده العنصر المعنوى للحراسة ويجعل المتبوع وحده هو الحارس على الشئ، لأن العبرة فى قيام الحراسة الموجبة للمسئولية فى هذه الحالة هى بسيطرة الشخص على الشئ سيطرة فعلية لحساب نفسه وتقوم المسئولية على أساس خطأ مفترض وقوعه من حارس الشئ افتراضا لا يقبل إثبات العكس ، ومن ثم فإن هذه المسئولية لاتدرأ عن هذا الحارس بإثبات أنه لم يرتكب خطأ ما وأنه قام بما ينبغى من العناية والحيطة حتى لايقع الضرر من الشئ الذى فى حراسته وإنما ترتفع هذه المسئولية إذا أثبت الحارس أن وقوع الضرر كان بسبب أجنبى لايد له فيه بأن يكون الفعل خارجا عن الشئ فلا يكون متصلا بداخليته أو تكوينه فإذا كان الضرر راجعا إلى عيب فى الشئ فإنه لا يعتبر ناشئا عن سبب أجنبى ولو كان هذا العيب خفيا، وهذا السبب لا يكون إلا قوة قاهرة أو خطأ المضرور أو خطأ الغير ".

(طعن رقم ١٤٩ لسنة ٤٤ ق جلسة ١٩٧٨/٤/٢٥)

غير أن التابع يصبح حارسا إذا نقل إليه المالك السيطرة الفعلية على السيارة ، بأن كان قد وضع الشئ تحت تصـرفه لاسـتعماله شخصيا بحيث يكون له حرية كاملة فى استعماله .

ومثل ذلك جراح المستشفى عندما يستعمل إحدى آلات الجراحة، فلا يعتبر الجراح فى هذا تابعا. إنما هى رعاية استعمال بلا عوض. أو أن ينقل المالك السيطرة الفعلية على السـيارة لسـائقها ، بـأن نضعها تحت تصرفه لاستعماله شخصيا بحيث يكون له حرية كاملة فى استعمالها .

كما يكون التابع حارسا إذا كان فى استعماله للشـئ متجـاوزا حدود وظيفته ، ويعتبر تجاوزا لشئون الوظيفة أن يسـتولى التـابع على سيارة متبوعه ، بغير علم منه ولا إهمال فـى الرعايـة مـن جانبه [١].

وفى هذا قضت محكمة النقض بـأن :

الحراسة الموجبة للمسئولية على أساس الخطأ المفترض طبقـا لنص المادة ١٧٨ من القانون المدنى إنما تتحقق بسيطرة الشـخص الطبيعى أو المعنوى على الشئ سيطرة فعلية الاستعمال والتوجيـه والرقابة لحساب نفسه . لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قـد أقام قضاءه بمسئولية الشركة الطاعنة على قواعد المسئولية الشيئية

---

(١) السنهورى ص ٩٢٢ – حسين عامر وعبد الرحيم عامر ص ٧٢٦ .

تأسيسا على أنها هى المالكة للعربة التى اقترفت الحادث وأن حيازة السائق لها كانت حيازة عرضية ، دون أن يعن بتحقيق دفاع الطاعنة فإن الحراسة قد انتقلت إلى مرتكب الحادث الذى يعمل لحساب نفسه كتاجر دون رقابة أو توجيه منها ، فإنه يكون معيبا بالخطأ فى القانون والقصور فى التسبيب " .

(طعن رقم ٥٧ لسنة ٤٦ ق جلسة ١٩٨١/٦/٢)

٩٨ـ انتقال الحراسة من المالك إلى غيره :

قد تنتقل الحراسة من المالك إلى غيره ، مادام لهذا الغير السيطرة الفعلية على الشئ التى كانت للمالك .

ومن أمثلة ذلك ما يأتى :

١- المرتهن رهن حيازة والحائز بنية التملك :

تنتقل الحيازة إلى المرتهن رهن حيازة والحائز بنية التملك ، سواء حاز بحسن نية أو بسوء نية [١].

٢- المستأجر :

تنتقل الحراسة من المالك إلى المستأجر . ولو كان بالشئ عيب خفى ، غير أنه يكون له فى الحالة الأخيرة الرجوع على المؤجر [٢].

---

(١) السنهورى ص ٩٢٢ - محمود جمال الدين زكى ص ٣١٩ .

(٢) حسين عامر وعبد الرحيم عامر ص ٧٢٧ - وقارن أحمد حشمت أبو ستيت ص ٥٠٩ فيرى أن المستأجر يكون هو الحارس فيما يقع بفعل

والمالك الذى يؤجر سيارته بقائدها ، إنما يضعها وتابعه تحت تصرف المستأجر فى فترة الإجارة [١].

٣- المستعير والمودع عنده وأمين النقل :

تنتقل الحراسة من الحارس إلى المستعير . ذلك أن المادة ٦٣٦ مدنى تنص على أن يلتزم المعير أن يسلم المستعير الشئ المعار بالحالة التى يكون عليها وقت انعقاد العارية ، وأن يتركه للمستعير طوال مدة العارية " .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" لما كان الثابت فى الأوراق أن الطاعن دفع الدعوى – أمام درجتى التقاضى – بعدم قبولها ضده لرفعها على غير ذى صفة مستندا فى ذلك إلى أنه لا يعد متبوعا لمحدث الضرر لأنه أعار سيارته فارتكب بها الأخير الحادث بمفرده ، وطلب من محكمة الاستئناف إحالة الدعوى إلى التحقيق لإثبات ذلك حتى تنتفى مسئوليته عن التعويض المحكوم به ، وكان الحكم المطعون فيه لم يعرض لهذا الطلب إيرادا له وردا عليه وجعل عمدته فى قضائه

السيارة منسوبا إليه كسوء القيادة أو نحوه ، لكن إذا كان سبب الحادث يرجع إلى عيب فى آلة من آلاتها فلا يجوز أن يعتبر المستأجر عندئذ حارسا وهو لا يعرف شيئا عن آلات تلك السيارة وأجزائها فيكون المالك هو الحارس .

(١) حسين عامر وعبد الرحيم عامر ص ٧٢٧ .

مجرد ثبوت ملكية الطاعن للسيارة أداة الحادث وأنه سلمها للسائق التابع له وتحت رقابته ، ورتب على ذلك تأييده ما قضت به ضده محكمة أول درجة وكان هذا القول من الحكم لا يواجه دفاع الطاعن ولا يحسم القول فى شأن ما طلبه من الإحالة على التحقيق ليثبت أنه أعار السيارة لمرتكب الحادث . لما كان ذلك وكان يترتب على الإعارة انتقال حراسة الشئ المعار إلى المستعير بما تنتفى معه علاقة التبعية بينهما عملا بمفهوم نص المادة ٦٣٦ من القانون المدنى ، وكان الحكم المطعون فيه لم يمكن الطاعن من طلبه المشار إليه رغم أنه ينطوى على دفاع جوهرى قد يتغير به وجه الرأى فى الدعوى فإنه يكون فضلا عن إخلاله بحق الدفاع قد ران عليه القصور المبطل ".

(طعن رقم ٤٩٨١ لسنة ٦٧ ق جلسة ١٩٩٩/١١/٢٨)

على أنه إذا أعيرت سيارة بسائقها فإن المعير فى هذه الحالة يستبقى الحراسة عادة [١].

أما الذى يعهد بسيارته إلى زوجته أو خليلته بقيادتها ، ولو بصفة مستمرة ، فإنه يعتبر حارسا للسيارة ، إذ لا يفقد بذلك ماله من حق الاستعمال والإدارة [٢].

---

(١) نقض ٨ يناير سنة ١٩٣١ المحاماة ١١ رقم ٤٦٤ ص ٩٣٢ .

(٢) حسين عامر وعبد الرحيم عامر ص ٢٢٧ .

والمودع عنده يعد حارسا على الشئ المودع لديـــه ، إذ تـــنص المادة ٧١٨ مدنى على أن : " الوديعة عقد يلتزم بـــه شـــخص أن يتسلم شيئامن آخر على أن يتولى حفظ هذا الشئ وعلـــى أن يـــرده عينا ".

وأمين النقل يعدحارساً، إذ تقضى المادة ٢٠٨ من قانون التجارة رقم (١٧) لسنة ١٩٩٩ بأن : " عقد النقل يلتزم بمقتضاه الناقل بأن يقوم بوسائله الخاصة بنقل شخص أو شئ إلى مكان معـــين مقابـــل أجرة " .

٤- صاحب الجراج والمشرف على حفظ السيارات والميكانيكى:

إذا أودعت السيارة فى الجراج ، فإن كان صاحب الجراج لـــه السيطرة الفعلية عليها فإنه يصبح الحارس . وإلا تبقى الحراسة عند صاحب السيارة [1].

وإذ ترك صاحب السيارة سيارته فى رقابة المشرف (المنادى) فإن المشرف يكون مسئولا عما يحدث من السيارة فيما يعتبر داخلا فى سلطته ، كما لو حاول هو أن يحركها من مكانهـــا أو حركهـــا شخص آخر فى غفلة منه ليخلى مكانا لسيارة أخرى .

وإذا سلمت السيارة إلى ميكانيكى لإصلاحها تنتقل فى الغالـــب

---

(١) السنهورى ص ٩٢٢ .

حراسة السيارة إليه ، لأنه يصبح صاحب السيطرة الفعلية عليهـا . ولا يبقى صاحب السيارة حارسا فى هـذه الحالـة ، إلا إذا أبقـى السيارة تحت إشرافه وقت إصلاحها .

غير أن كل من هؤلاء يكون حارسا فى حدود المهمة المنوطـة به ، أما أجزاء السيارة وآلاتها فتبقى فى حراسة صـاحبها ، فـإذا كان بالسيارة عيبا خفيا لا يعرفه كل من هؤلاء ، كان المالك هـو الحارس بالنسبة لما حدث عن هذا التلف من ضرر [١].

٥- الصانع بالقطعة :

إذا عهد صاحب الشئ به إلى صانع بالقطعة ، فـإن حراسـة الشئ تنتقل إلى الصانع الذى له حق استعماله وإدارته ورقابته وهى خصائص الحراسة [٢].

٦- حراسة وحدات الإدارة المحلية على الطرق الإقليمية :

قضت فى هذا محكمة النقض بأن :

" النص فى المادة الأولى من قرار رئيس الجمهورية بالقـانون رقم ٨٤ لسنة ١٩٦٨ بشأن الطرق العامة على أن تنقسـم الطـرق

---

(١) السنهورى ص ٩٢٣ وهامش (١)- أحمد حشمت أبو ستيت ص ٥٠٩- وعكس ذلك محمد كمال عبد العزيز ص ١٦٦٣ فيرى أن الحراسة تبقى دائما للمالك .

(٢) الدناصورى والشواربى ص ٣٦٩ .

العامة إلى الأنواع الآتية (أ) طرق سريعة . (ب) طـرق رئيسـية. (ج) طرق إقليمية ، وتنشأ الطرق الرئيسية والسريعة وتعدل وتحدد أنواعها بقرار من وزير النقل وتشرف عليها المؤسسـة المصـرية العامة للطرق والكبارى ، أما الطرق الإقليميـة فتشـرف عليهـا وحدات الإدارة المحلية " وفى المادة الثالثة منه علـى أن "تتحمـل الخزانة العامة للدولة تكاليف إنشاء الطـرق الرئيسـية والسـريعة والأعمال الصناعية اللازمة لها وصيانتها ... وتتحمـل وحـدات الإدارة المحلية هذه التكاليف بالنسبة للطرق الإقليمية " وفى المـادة الخامسة من ذات القانون علـى أن " للمؤسسـة ووحـدات الإدارة المحلية ... كل فى حدود اختصاصه تنفيـذ الأعمـال الصـناعية بالطرق العامة ... " والنص فى المادة الأولى مـن قـرار رئـيس الجمهورية رقم ٣٥٩ لسنة ٧٦ على أن " تنشأ هيئة عامـة تسـمى الهيئة العامة للطرق البرية والمائية تكون لها الشخصية الاعتباريـة ومقرها مدينة القاهرة .. وفى المادة الثالثة على أن يكون للهيئة ... ١- صيانة الطرق السريعة والرئيسية والأعمال الصناعية المتعلقة بها ... ٨- تنفيذ قانون الطرق رقم ٨٤ لسـنة ١٩٦٨ علـى الطـرق السريعة والرئيسية - وفى المادة ١٨ من اللائحة التنفيذية لقـانون نظام الحكم المحلى رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٩ المعدل بالقانون رقـم ٥٠ لسنة ١٩٨١ الصادر بها قرار رئيس الـوزراء رقـم ٧٠٧ لسـنة

١٩٧٩ والمعدل بالقرار رقم ٣١٤ لسنة ١٩٨٢ علــي أن "تباشــر المحافظات فى دائرة اختصاصها شئون النقل الآتية .... ١- إنشاء وصيانة الطرق الإقليمية وكذلك الأعمال الصناعية الخاصة بها .... ٢- تنفيذ قانون الطرق العامة والقرارات المكملة له بالنسبة للطرق الإقليمية الواقعة فى اختصاص كل محافظــة " إنمــا تــدل هــذه النصوص فى مجموعها على أن وحدات الإدارة المحلية هى التــى تتولى إنشاء وصيانة الطرق الإقليميــة والقيــام بكافــة الأعمــال الصناعية الخاصة بها وتنفيذ قانون الطــرق العامــة والقــرارات المكملة له بالنسبة للطرق الإقليمية الواقعة فى دائرة اختصاص كل محافظة - لما كان ذلك وكان الواقع الثابت فى الــدعوى وسـجله الحكم المطعون فيه أن الطريق الذى وقع به الحادث مــن الطــرق الإقليمية وأن مديرية الطرق والنقل بمحافظة البحيرة - المطعــون عليها الأخيرة- هى الجهة المسئولة عن صيانته وجعلــه صــالحا للمرور فيه والمسئولة بالتالى عن تعويض الضرر الذى نتج عــن خطئها وإهمالها صيانته وإذ أقام الحكم المطعون فيه قضاءه بــإلزام الهيئة الطاعنة بالتضامن معها فإنه يكون قد خالف القانون وأخطــأ فى تطبيقه " .

(طعن رقم ٣٦٦٠ لسنة ٦٠ ق جلسة ١٩٩٥/٢/١٩)

٧- الحراسة على شبكات الكهرباء القائمة فى المدن والقرى :

(أ)- قبل العمل بالقانون رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٩ (المعدل) بنظام الإدارة المحلية :

انقسم قضاء محكمة النقض فى هذا الشأن إلى اتجاهات ثلاثة هى:

١- أن الحراسة تكون لوحدات الحكم المحلى (الإدارة المحلية الآن) .

٢- أن الحراسة تكون للمؤسسة المصرية للكهرباء ومن بعدها لهيئة كهرباء مصر .

٣- أن الحراسة تكون لشركات توزيع الكهرباء .

ونعرض نماذج للأحكام الصادرة فى كل من هذه الاتجاهات الثلاثة .

الاتجاه الأول :

الحراسة تكون لوحدات الحكم المحلى (وحدات الإدارة المحلية الآن) .

فى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" النص فى المادة ١٧٨ من القانون المدنى على أن الحارس الذى يفترض الخطأ فى جانبه هو ذلك الشخص الطبيعى أو المعنوى الذى تكون له السلطة الفعلية على الشئ قصداً واستقلالا ،

ولما كان الثابت فى الدعوى أن الشبكة الكهربائيـة داخـل مدينـة حوش عيسى مملوكة لمجلس المدنية - الطاعن- وهو الذى يسيطر عليها سيطرة فعلية ويتولى استعمالها واستغلالها لحسـاب نفسـه ، وكان قيام المؤسسة المصرية العامة للكهرباء طبقاً للمادتين الأولى والثانية من القرار الجمهورى رقم ٢٠٩٤ لسـنة ١٩٦٩ بتوريـد الطاقة الكهربائية لمجلس المدينة وصيانة وتشغيل الشبكة الكهربائية داخل هذا المجلس مقابل جعل مادى تتقاضاه منه شهريا ، ليس من شأن أن يخرج تلك الشبكة الكهربائية من السلطة الفعلية للمجلس ، فإن هذا المجلس يكون هو الحارس لها وبالتالى مسئولا عن الضرر الذى تحدثه مسئولية أساسها خطأ مفترض طبقاً لنص المادة ١٧٨ سالفة الذكر " .

(طعن رقم ١٣٠ لسنة ٤٥ ق جلسة ١٩٧٨/٥/٢٣)

الاتجاه الثانى :

الحراسة تكون للمؤسسة المصرية للكهرباء ومن بعدها لهيئة كهرباء مصر .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن:

١- " إذا كان الثابت من مـدونات الحكـم المطعـون فيـه أن الطاعن قد تمسك أمام محكمة الاستئناف بعدم قبول الدعوى تأسيسا على أن المؤسسة المصرية العامة للكهرباء هى المنوط بها حراسة

الشبكة الكهربائية داخل مدينة طنطا بالتطبيق لأحكام القرارين الجمهوريين رقمي ٣٧٢٦ لسنة ١٩٦٥، ٢٠٩٤ لسنة ١٩٦٩ ، وكانت المادة الأولى من القرار الجمهوري الأول قد نصت على اختصاص المؤسسة المشار إليها بتنفيذ المشروعات الخاصة بإنتاج القوى الكهربائية ونقلها وتوزيعها وإدارة محطات الكهرباء وتشغليها وصيانتها والنقل وتنظيم حركة الأحمال على الشبكات الرئيسية فى أنحاء الجمهورية وتوزيع القوى الكهربائية وبيعها فى أنحاء الجمهورية ، كما نصت المادة الثانية من القرار الثانى على أن تقوم تلك المؤسسة بأعباء تشغيل وصيانة شبكات توزيع الجهد المنخفض داخل مجالس المدن والقرى ، لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه برفض الدفع على قوله " إن أسلاك الكهرباء كانت فى تاريخ الحادث ١٩٧٢/١١/٢٣ تتبع مجلس مدينة طنطا وأن القانون الذى أتبعها لمؤسسة الكهرباء صدر بعد حادث الوفاة " فإن هذا الذى أورده الحكم ينطوى على خطأ فى تطبيق القانون ، ذلك أن القرارين الجمهوريين سالفى الذكر قد صدر أولهما فى سنة ١٩٦٥ وثانيهما في سنة ١٩٦٩ أى قبل وقوع الحادث فى ١٩٧٢/١١/١٣ وقد أدى هذا الخطأ إلى حجب محكمة الاستئناف عن بحث دفاع الطاعن وتحقيق ما إذا كانت حراسة الشبكة الكهربائية داخل مدينة طنطا قد انتقلت بالفعل إلى المؤسسة

المصرية العامة للكهرباء وأصبحت لها السيطرة الفعلية لحساب نفسها على أعمدة وأسلاك الكهرباء من عدمه وهو دفاع جوهرى من شأنه لو صح أن يتغير به وجه الرأى فى الدعوى ، لما كان ما تقدم فإن الحكم المطعون فيه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون وشابه القصور ".

(طعن رقم ٨٥٠ لسنة ٤٤ ق جلسة ١٩٧٨/٤/٢٤)

٢- المادة الأولى من قرار رئيس الجمهورية رقم ٢٧٢٦ سنة ١٩٦٥ بإنشاء المؤسسة المصرية العامة للكهرباء الصادر فى ١٩٦٩/١٠/١٩ تنص على أن تنشأ مؤسسة عامة تسمى المؤسسة المصرية العامة للكهرباء ، كما تنص المادة الأولى من قرار رئيس الجمهورية رقم ٢٠٩٤ لسنة ١٩٦٩ الصادر فى ١٩٦٩/١٠/٢٩ على أن تتولى المؤسسة المذكورة توريد الطاقة الكهربائية لمجالس المدن والقرى وتتولى محاسبة هذه المجالس عن الطاقة الكهربائية الموردة إليها والمسجلة على العدادات المركبة عند نهاية التغذية ، وتنص المادة الثانية منه على أن تقوم المؤسسة المذكورة بأعباء تشغيل وصيانة شبكات توزيع الجهة المختصة داخل مجالس المدن والقرى ويبين من مطالعة نصوص القانون رقم ١٢ لسنة ١٩٧٦ بإنشاء هيئة كهرباء مصر الصادر بتاريخ ١٩٧٦/٢/٤ أن تلك الهيئة هى التى حلت محل المؤسسة المصرية العامة للكهرباء فيما

لها من حقوق وما عليها من التزامات ، ولما كان ذلك وكان مؤدى النصوص السالفة أن هيئة كهرباء مصر هى المنوطة وحدها بعبء تشغيل وصيانة شبكة الكهرباء بمدينة الزقازيق وأنها تعتبـــر بهـــذه المثابة صاحبة السيطرة الفعلية عليها والمتولية حراستها وبالتـــالى فإنها تضحى - وفقا لنص المادة ١٧٨من القـــانون المـــدنى هـــى المسئولة عما يحدث عنها من أضرار - لما كان ما تقدم وكان البين من قرار رئيس مجلس الوزراء الصادر بـــرقم ٢٢٥ ســـنة ١٩٧٨ بتأسيس الشركة الطاعنة والصادر فى ١٩٧٨/٣/٦ أنه نـــص فـــى مادته الثانية على أن غرض هذه الشركة هو توزيع وبيـــع الطاقـــة الكهربائية للمستهلكين ... لمدن بورسعيد والاسماعيلية ومحافظـــات الشرقية والبحر الأحمر وسيناء ، كما نص فى المادة الحادية عشرة على أن تتولى هيئة كهرباء مصر بالنسبة للشركة الأنشـــطة ١، ٢، ٣، ٤، ٥ تخطيط عمليات الصيانة الأساسية وأعمـــال التجديـــدات والإحلال ومتابعة تنفيذها ، كما تنص المادة الثانية عشرة علـــى أن يعتبر مجلس إدارة كهرباء مصر بمثابة الجمعية العمومية للشـــركة ويمارس بالنسبة لها الاختصاصات والصلاحيات المخولة للجمعيات العمومية فى القوانين السارية " بما مفاده أنه لم يترتب على إنشـــاء الشركة الطاعنة انقضاء هيئة كهرباء مصر أو زوال شخصـــيتها ، كما أنها لم تخلفها أو تحل محلها فيما لها من حقوق وما عليها مـــن

التزامات وإنما اختصت فقط بمزاولة جزء من نشاطها هو توزيـــع وبيع الطاقة الكهربائية فى مناطق معينة - لما كان ذلك وكان الحكم قد انتهى فى مدوناته إلى مساءلة الشــركة الطاعنــة مــع الهيئــة المطعون ضدها الثانية عن الحــادث المطالــب بــالتعويض عنــه والحاصل فى ١٩٧٥/٥/٢٩ على سند من القول "وحيث إن الثابت من الأوراق والمستندات أن قرار إنشاء شركة كهرباء القناة التــى حلت محل هيئة الكهرباء فى اختصاصها ومن ثم فهى المسئولة عن أي خطأ يتم من أحد تابعيها يترتب عليه ضرر للغير " فإنه بــذلك يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون لثبوت مســئولية هيئــة كهربــاء مصر - المطعون ضدها الثانية- وحدها عن هذا الحادث الذى وقع فى ١٩٧٥/٥/٢٩ - ودون أى وجه أو ســند لمســاءلة الشــركة الطاعنة عنه لأنها لم تنشأ إلا فى ١٩٧٨/٣/٦ ولم تزاول نشــاطها إلا اعتبارا من ١٩٧٩/١/١ وهو ما يعيب الحكــم المطعــون فيــه ويستوجب نقضه فى هذا الخصوص بالنسبة للشركة الطاعنة فقط ".

(طعن رقم ١٥٤٣ لسنة ٥٢ ق جلسة ١٩٨٣/٢/١)

٢- " إذ صدر قرار رئيس الجمهورية رقم ٣٧٢٦ سنة ١٩٦٥ بإنشاء المؤسسة المصرية العامة للكهرباء وخصها فيما ضمنه نص المادة ٣/٢ بتوزيع القوى الكهربائية وبيعها فى أنحاء الجمهورية ثم صدر القرار الجمهورى رقم ٢٠٩٤ سنة ١٩٦٩ وأسند إلــى تلــك

المؤسسة صراحة القيام بأعباء تشغيل وصيانة شبكات توزيع الجهد المخفض داخل مجالس المدن والقرى مقابل ثلاثة مليمات عن كل كيلو وات ساعة مورد لتلك المجالس ومسجل على العدادات ..." وعلى " أن يقوم مجلس المدينة أو القرية بسداد قيمة الطاقة الكهربائية الموردة إليه والمسجلة على العدادات مضافا إليها مقابل أعباء الصيانة والتشغيل للمؤسسة المصرية العامة للكهرباء على أن تتم المحاسبة والسداد شهريا " ، فقد دل بذلك على أن المشرع أسند صراحة إلى المؤسسة المصرية العامة للكهرباء - **ومن بعدها هيئة كهرباء مصر- الطاعنة-** التى حلت محلها بالقانون رقم ١٢ سنة ١٩٧٦ بكل ما لها من حقوق وما عليها من التزامات- أعباء تشغيل وصيانة شبكات توزيع الجهد المنخفض داخل مجالس المدن والقرى فى تاريخ الحادث الواقع فى ١٩٧٢/٥/٩ فى ظل العمل بأحكام القانون رقم ١٢٤ سنة ١٩٦٠ بشأن نظام الإدارة المحلية والقانون رقم ٥٧ لسنة ١٩٧١ فى شأن الحكم المحلى الذى صدر مستبقيا مالا يتعارض معه من أحكام القانون الأول واللوائح الصادرة له إلى أن تلغى أو تعدل أو يستبدل بها غيرها ومن ثم تكون هى صاحبة السيطرة الفعلية على هذه الشبكات والمتولية حراستها " .

(طعن رقم ٢٩٧٦ لسنة ٦٢ ق جلسة ٢٠٠٣/٧/٦)

الاتجاه الثالث :

الحراسة تكون لشركات توزيع الكهرباء :

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" النص فى المادة الثالثة من قرار رئيس مجلس الوزراء الصادر فى ١٩٧٨/٣/٤ برقم ٢٢٠ لسنة ١٧٨ بتأسيس الشركة الطاعنة (شركة توزيع كهرباء القاهرة) الذى وقع الحادث فى ظل سريانه على أن غرض هذه الشركة هو توزيع وبيع الطاقة الكهربائية للمستهلكين ... فى مدينة القاهرة وضواحيها وامتدادها فى محافظتى القليوبية والجيزة (القاهرة الكبرى) وفى المادة الحادية عشرة منه على أن تتولى هيئة كهرباء مصر بالنسبة للشركة الأنشطة التالية :

٥- تخطيط عمليات الصيانة الأساسية والتجديدات والإحلال ومتابعة تنفيذها ... ، يدل على أن الطاعنة اختصت بمزاولة جزء من نشاط هيئة كهرباء مصر هو توزيع وبيع الطاقة الكهربائية للمستهلكين فى مناطق معينة والقيام بعمليات الصيانة وأعمال التجديدات والإحلال التى تتولى الهيئة المشار إليها تخطيطها وأصبحت بذلك صاحبة السيطرة الفعلية والمتولية حراسة شبكة الكهرباء فى المناطق التى تقوم بتوزيع وبيع الطاقة الكهربائية فيها وبالتالى مسئولة عما يحدث عنها من أضرار على النحو السالف

بيانه ، لما كان ما تقدم وكان قرار رئيس مجلس الوزراء رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩ بإصدار اللائحة التنفيذية لقانون الحكم المحلى قد صدر تاليا لواقعة الحادث فلا محل لإعمال أحكامه على واقعة الدعوى . وإذ التزم الحكم المطعون فيه هذا النظر وأقام قضاءه على أن الطاعنة هى التى تقوم بتوزيع الكهرباء فى المنطقة الكائن بها العامود أداة الحادث مسئولة عن الضرر الذى يحدثه مسئولية أساسها الخطأ المفترض طبقا لنص المادة ١٧٨ من القانون المدنى باعتبار أن تشغيل وصيانة الشبكات الكهربائية مما يدخل فى نطاق اختصاصها فإنه يكون قد أصاب صحيح القانون ".

(طعن رقم ٥٦٩ لسنة ٥٥ ق جلسة ١٩٨٨/٦/٢٩) [(١)]

(ب) – بعد العمل بالقانون رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٩ (المعدل) بنظام الإدارة المحلية :

سار قضاء محكمة النقض فى هذه المسألة فى اتجاهين هما :

١- أن الحراسة تثبت لوحدات الإدارة المحلية كل فى نطاق اختصاصها .

٢- أن الحراسة تثبت لشركات توزيع الكهرباء كل فى نطاق توزيعها .

---

(١) الحادث قد وقع بتاريخ ١٩٧٨/٨/١٤ أى قبل صدور اللائحة التنفيذية للقانون .

ونعرض فيما يلى نموذجا للأحكام الصادرة فى كل من الاتجاهين .

الاتجاه الأول :

ثبوت الحراسة لوحدات الإدارة المحلية كل فى نطاق اختصاصها :

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- " مؤدى نص المادة الثانية من القانون رقم٤٣ لسنة ١٩٧٩- الذى يحكم واقعة الدعوى- بعد تعديلها بالقانون رقم ٥٠ لسنة ١٩٨١ والمادة التاسعة عشر من اللائحة التنفيذية لهذا القانون أنه أصبح بصدور القانون رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٩ منوطا بوحدات الحكم المحلى تولى أعمال إنشاء وصيانة شبكات الإنارة العامة فى مختلف المدن والقرى . فتكون هذه الوحدات فى مدلول حكم المادة ١٧٨ من القانون المدنى حارسا على هذه الشبكات باعتبارها الجهة ذات الهيمنة والسيطرة عليها بما أسند إليها قانونا من مهام إنشائها واستعمالها وصيانتها والرقابة على ما يتصل باستهلاك طاقة الكهرباء ، ولايغير من ذلك ما تضمنه قرار رئيس الجمهورية رقم ٣٨٠ لسنة ١٩٧٦ من اعتبار مرفق الكهرباء ، من المرافق ذات الطبيعة الخاصة فى تطبيق أحكام القانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٧٥ بنظام الحكم المحلي ، إذ أن مجال تطبيق هذا القرار يقتصر على

نطاق سريان هذا القانون الذى صدر فى ظله دون القانون رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٩ المتعارض مع أحكامه ، ولايسوغ انصراف الحراسة إلى الشركة المطعون ضدها الثانية إذ يبين من استقراء القرار رقم ٢٢٣ لسنة ١٩٧٨ الصادر من رئيس مجلس الوزراء بتأسيسها أن الغرض من إنشائها هو توزيع وبيع الطاقة الكهربائية بمحافظات الدلتا فلا يعتبر قيامها بهذا العمل من شأنه أن يخرج شبكات الإنارة العامة من السلطة الفعلية لوحدات الحكم المحلى وفقا لما استهدفه القانون رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٩ ولائحته التنفيذية " .

(طعن رقم ٢٤٠ لسنة ٥٦ ق جلسة ١٩٨٩/١/٥)

٢- " مؤدى نص المادة الثانية من القانون رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٩- الذى يحكم واقعة الدعوى - بعد تعديلها بالقانون رقم ٥٠ لسنة ١٩٨١ والمادة التاسعة عشرة من اللائحة التنفيذية لهذا القانون أنه أصبح بصدور القانون رقم رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٩ منوطا بوحدات الحكم المحلى تولى أعمال إنشاء وصيانة شبكات الإنارة العامة فى مختلف المدن - والقرى فتكون هذه الوحدات فى مدلول حكم المادة ١٧٨ من القانون المدنى حارسة على هذه الشبكات باعتبارها الجهة ذات الهيمنة والسيطرة عليها بما أسند إليها قانونا من مهام إنشائها واستعمالها وصيانتها والرقابة على ما يتصل باستهلاك طاقة الكهرباء ، ولايغير من ذلك ما تضمنه قرار رئيس

الجمهورية رقم ٣٨٠ لسنة ١٩٧٦ من اعتبار مرفق الكهرباء من المرافق ذات الطبيعة الخاصة فى تطبيق أحكام القانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٧٥ بنظام الحكم المحلى السابق ، إذ أن مجال تطبيق هذا القرار يقتصر على نطاق سريان هذا القانون الذى صدر فى ظله دون القانون رقم ٣٤ لسنة ١٩٧٩والمتعارض مع أحكامه ، ولايسوغ انصراف الحراسة إلى الشركة المطعون ضدها السادسة إذ يبين من استقراء القرار رقم ٢٢٣ لسنة ١٩٧٨ الصادر من رئيس مجلس الوزراء بتأسيسها والمعدل بالقرار رقم ٣٧٦ لسنة ١٩٧٩ أن الغرض من إنشائها هو توزيع وبيع الطاقة الكهربائية بمحافظات الدلتا فلا يعتبر قيامها بهذا العمل من شأنه أن يخرج شبكات الإنارة العامة من السلطة الفعلية لوحدات الحكم المحلى وفقا لما استهدفه القانون رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٩ ولائحته التنفيذية ".

(طعن رقم ١١٢٦ لسنة ٥٧ق جلسة ١٨/١/١٩٩٠-غير منشور)

٣-(أ) - " المشرع أصدر فى ٢٠/٦/١٩٧٩ القانون رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٩ بنظام الحكم المحلى ونص فى المادة الثانية منه- بعد تعديلها بالقانون رقم ٥٠ لسنة ١٩٨١ - على أن " تتولى وحدات الحكم المحلى فى حدود السياسة العامة والخطة العامة للدولة إنشاء وإدارة جميع المرافق العامة الواقعة فى دائرتها كما تتولى هذه الوحدات كل فى نطاق اختصاصها جميع الاختصاصات التى

تتولاها الوزارات بمقتضى القوانين واللوائح المعمول بها وذلك فيما عدا المرافق القومية وذات الطبيعة الخاصة التى يصدر بها قـرار من رئيس الجمهورية وتحدد اللائحة التنفيذية المرافق التى تتـولى المحافظات إنشائها وإدارتها والمرافق التى تتولى إنشائها وإدارتهـا الوحدات الأخرى للحكم المحلى ..." ونصت المادة التاسعة عشرة من اللائحة التنفيذية لهذا القانون الصادر بها قرار رئـيس مجلـس الوزراء رقم ٧٠٧ لسنة ١٩٧٩ - التى لا تتعارض أحكامهـا مـع النص المعدل - على أن " تتولى الوحدات المحلية كل فـى دائـرة اختصاصها وفى حدود السياسة العامة فى مجال الطاقة الكهربائيـة الأمور الآتية : المحافظات ١- .... ٢- .... ٣- ..... الوحدات المحلية الأخرى ١- .... ٢- ..... ٣- إنشاء وصـيانة شـبكات الإنارة العامة والعمل على مدها إلـى مختلـف المنـاطق ٤- ..." ومؤدى ذلك أنه بصدور القانون رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٩ أصبح منوطاً بوحدات الحكم المحلى تولى أعمال إنشاء وصيانة شبكات الإنـارة العامة فى مختلف المدن والقرى فتكون هى الحارس فـى مـدلول حكم المادة ١٧٨ من القانون المدنى على هذه الشبكات باعتبارهـا الجهة ذات الهيمنة والسيطرة الفعلية عليها بما أسند إليها قانونا من مهام إنشائها واستعمالها وصيانتها ، لايقدح فى ذلك أنـه بتـاريخ ١٩٧٨/٣/٦ صدر قرار رئيس مجلس الوزراء رقـم ٢٢٤ لسـنة

١٩٧٨ بتأسيس شركة توزيع كهرباء البحيرة والمناطق الشمالية والغربية - الطاعنة- إذ الغرض من إنشائها هوتوزيع وبيع الطاقة الكهربائية للمستهلكين بمحافظتى البحيرة ومطروح ومديرية التحرير كما لا ينال منه النص فى المادة الثالثة من النظام الأساسى لها- بعد صدور القانون رقم ١٨ لسنة ١٩٩٨- على قيامها بأعمال التشغيل والصيانة لمحطات توليد الكهرباء وللشبكات الكهربائية التابعة لها وللغير على الجهود المنخفضة والمتوسطة والعالية إذ لايعتبر قيامها بهذا العمل من شأنه أن يخرج شبكات الإنارة العامة من لسلطة الفعلية لوحدات الحكم المحلى وفقاً لما استهدفه القانون رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٩ دون أن ينتقص ذلك من مسئولية القائم بأعمال الصيانة عن خطئه الشخصى إذا ما كان الحادث وليد فعله إيجاباً وسلباً .

(ب)- إذ كان الحكم المطعون فيه قد نسب إلى الطاعنة (شركة البحيرة لتوزيع الكهرباء) حراسة شبكة الإنارة العامة بقرية سرنباى- مركز المحمودية - ورتب على ذلك قضاءه بإلزامها بالتعويض عن الحادث (حادث حريق ونفوق ماشية نتيجة سقوط أحد أسلاك الإنارة العامة على منزل) حال أن حراستها منوطة بوحدة الحكم المحلى المختصة وحجب نفسه بالتالى عن بحث ما إذا كانت الطاعنة هى القائمة بأعمال الصيانة ومدى مسئوليتها عن

الحادث بصفتها تلك فإنه يكون فضلا عن خطئه فى تطبيق القانون مشوباً بالقصور فى التسبيب ".

(طعن رقم ١٤٦ لسنة ٧٣ ق جلسة ٢٠٠٤/٣/١٤)

الاتجاه الثانى :

ثبوت الحراسة لشركات توزيع الكهرباء كل فى دائرة اختصاصها .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- " إن نص المادة ١٧٨ من القانون المدنى يدل على أن الحراسة الموجبة للمسئولية على أساس الخطأ المفترض طبقا لهذا النص إنما تتحقق بسيطرة الشخص الطبيعى أو المعنوى على الشئ سيطرة فعلية فى الاستعمال والتوجيه والرقابة لحساب نفسه . وكان مؤدى نصوص القانون ١٢ لسنة ١٩٧٦ بإنشاء هيئة كهرباء مصر، وقرار مجلس الوزراء رقم ٢٢٥ بتاريخ ١٩٧٨/٣/١ بتأسيس شركة توزيع كهرباء القناة ، أن هذه الشركة قد اختصت بجزء من نشاط هيئة الكهرباء وهو توزيع وبيع الطاقة الكهربائية فى جهات معينة بما مؤده أن الشركة أصبحت بذلك هى وحدها صاحبة السيطرة الفعلية المتولية حراسة شبكة الكهرباء فى المناطق سالفة الذكر التى تقوم عن طريقها بتوزيع وبيع الطاقة الكهربائية وبالتالى تكون مسئولة عما يحدث عنها من أضرار ".

(طعن رقم ٢٢٦١ لسنة٥٦ ق جلسة ١٩٩٢/١/٢٦)

٢- " النص فى المادة ١٧٨ من القانون المدنى على أن " كل من تولى حراسة أشياء تتطلب حراستها عناية خاصة أو حراسة آلات ميكانيكية يكون مسئولا عما تحدثه هذه الأشياء من ضرر ما لم يثبت أن وقوع الضرر كان بسبب أجنبى لا يد له فيه ..." يدل على أن الحراسة على الأشياء الموجبة للمسئولية على أساس الخطأ المفترض طبقا لهذا النص إنما تتحقق بسيطرة الشخص الطبيعى أو المعنوى على الشئ سيطرة فعلية فى الاستعمال والتوجيه والرقابة لحساب نفسه ، وكان يبين من نصوص القانون رقم ١٢ لسنة ١٩٧٦ بإنشاء هيئة كهرباء مصر - الطاعنة - أنها عهدت إلى هذه الهيئة وحدها عملية تشغيل وصيانة شبكة الكهرباء ، وهى بهذه المثابة تعتبر صاحبة السيطرة الفعلية والمتولية حراستها ، غير أنه بتاريخ ١٩٧٨/٣/٦ صدر قرار رئيس مجلس الوزراء رقم ٢٢١ لسنة ١٩٧٨ بتأسيس شركة توزيع كهرباءمصر الوسطى- شمال الصعيد حاليا- وبينت المادة الثالثة منه الغرض من تأسيس هذه الشركة بأنه توزيع وبيع الطاقة الكهربائية للمستهلكين على الضغوط ١١ كيلو فولت ، ٣٨٠ فولت ، ٢٢٠ فولت فى محافظات الفيوم والجيزة وبنى سويف وأسيوط والوادى الجديد والمنيا ، وأسندت المادة ٥/١١ منه إلى الهيئة الطاعنة عمليات الصيانة الأساسية وأعمال التجديدات أو الإحلال ومتابعة تنفيذها بما مؤداه

أن أصبحت الشركة المطعون عليها الأولى - وقد اختصت بتوزيع وبيع الطاقة فى جهات معينة - هى صاحبة السيطرة الفعلية والمتولية حراسة شبكة الكهرباء فى المناطق سالفة الذكر والتى تقوم عن طريقها بتوزيع وبيع الطاقة الكهربائية وبالتالى تكون مسئولة عما يحدث عنها من أضرار ولاينال من ذلك ما تضمنه قرار إنشاء الشركة المذكورة بأن تتولى هيئة كهرباء مصر- الطاعنة- بالنسبة للشركة الأنشطة المتعلقة بالبحوث والتطوير والتدريب الفنى والمشتريات والقروض الخارجية والاستثمارات وتخطيط عمليات الصيانة الأساسية والتجديدات والإحلال ومتابعة تنفيذها إذ أن ذلك كله لايعنى أن الهيئة الطاعنة مسئولة عن الأضرار الناتجة من تشغيل الشبكة الكهربائية المتعلقة بتوزيع وبيع الطاقة مما يدخل ضمن نشاط المطعون عليها الأولى التى اختصت وحدها بهذا النشاط".

(طعن رقم ٥٥٤ لسنة ٥٩ ق جلسة ١٩٩٥/١٢/١٧)

وإزاء تعارض الأحكام السابقة قررت دائرة الخميس المدنية بجلستها المنعقدة فى ٢٠٠٤/٥/٦ إحالة الطعن المعروض عليها الرقيم ٥٤٣٢ لسنة ٧ ق إلى الهيئة العامة للمواد المدنية والتجارية والأحوال الشخصية ولم يصدر حكم الهيئة حتى تاريخ الطبع وعندنا أن الاتجاه الأول هو الذى يتفق وصحيح القانون .

٩٩- مالا يعتبر حارسا :

١- الشخص الذى يتعلم قيادة السيارات :

إذا كان الشخص الذى يتعلم قيادة السيارات ، يتلقى تدريبه على يد معلم وكانت السيارة مملوكة للمعلم ، أو لمدرسة تعليم السيارات كانت الحراسة للمعلم أو للمدرسة ولو ترك المعلم القيادة للمتعلم .

وإذا خالف المتعلم إرشادات معلمه وتوجيهاته ، كان هذا خطأ ثابت فى جانبه . أما المعلم أو المدرسة فيظل هو الحارس[١] .

أما إذا كانت السيارة مملوكة للمتعلم ، فقد ذهب رأى على أن الحراسة تكون له لاستخدامه الشئ لحساب نفسه وهو التعليم ، بينما ذهب رأى آخر – نؤيده– بانتقال الحراسة إلى المعلم تأسيسا على خضوع التلميذ لتوجيهه ورقابته ، فضلا عن أن المعلم يتدخل فى كثير من الأحيان فى عملية القيادة ذاتها بإمساك عجلة القيادة واستعمال الفرامل بالضغط عليها عند اللزوم لإيقافها ولتقليل سرعتها مما يعتبر تدخلا مباشرا فى القيادة [٢].

أما إذا كان المتعلم يؤدى امتحان القيادة أمام رجال المرور، فإذا كانت السيارة مملوكة للممتحن اعتبر حارسا لها حال قيادتها . أما

---

(١) السنهورى ص ٩٢٣ – حسين عامر وعبد الرحيم عامر ص ٧٢٨ – أحمد حشمت أبو ستيت ص ٥٠٩ .

(٢) الدناصورى والشواربى ص ٣٦٨ .

إن كانت مملوكة للممتحن أو للجهة التابع لها أو للغير بقيت الحراسة لصاحبها [١].

٢- العامل الذى يقوم بإصلاح المصعد :

ما يبرمه صاحب العمارة من اتفاق مع صانع ليتولى أعمال الصيانة بمصعد العمارة ، لاتنتقل به الحراسة من الأول للثانى . وعلى هذا فإن ما يتسبب فيه المصعد من ضرر ، يسأل عنه صاحب العمارة الذى له عليه الاستعمال والتوجيه والرقابة . وإن كان لهذا أن يرجع على الصانع بما يثبته من خطئه أو إهماله فى أعمال الصيانة أو لمجرد تراخيه فى إخطار المالك بما عليه المصعد من سوء [٢].

ويسرى هذا الحكم ولو تعاقد المالك مع شركة متخصصة فى الصيانة على القيام بأعمال صيانة المصعد .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" إذ كان الثابت فى الدعوى أن المصعد الذى أحدث الضرر مملوك للشركة الطاعنة وهى التى تسيطر عليه سيطرة فعلية وتتولى استعماله واستغلاله لحسابها وكان قيام شركة الاسكندرية الميكانيكية للمصاعد الكهربائية بالصيانة والإصلاح اللازمين

---

(١) الدناصورى والشواربى ص ٣٦٧ .

(٢) حسين عامر وعبد الرحيم عامر ص ٧٢٧ .

لتشغيل المصعد مقابل جعل مادى تتقاضاه من الطاعنة شهريا- على نحو ما هو ثابت من العقد المبرم بين الطاعنة والشركة المشار إليها والمودع ملف الطعن - ليس من شأنه أن يخرج هذا المصعد من السلطة الفعلية للطاعنة وبالتالى يظل فى حراستها ولاتنتقل هذه الحراسة إلى شركة الاسكندرية الميكانيكية للمصاعد الكهربائية . ذلك بأن هذا العقد تمارس الطاعنة من خلاله سلطتها فى الرقابة والتوجيه والإشراف على ما تجريه هذه الشركة من أعمال والتى تقوم فيه بالعمل لحساب الطاعنة ، فإن مؤدى ذلك أن تكون الطاعنة هى الحارس للمصعد وبالتالى تضحى مسئولة عن الضرر الذى يحدثه مسئولية أساسها خطأ مفترض طبقا للمادة ١٧٨ من القانون المدنى ولا تنتفى عنها هذه المسئولية إلا إذا أثبت أن وقوع الضرر كان بسبب أجنبى لا يد لها فيه " .

(طعن رقم ٣٤٩٢ لسنة ٦٢ ق جلسة ٢٠٠٠/٣/٢٣)

٣- الحائز على سبيل التسامح أو المجاملة :

لاتنتقل إليه الحراسة بل تبقى للمالك الذى خول غيره استعمال الشئ على سبيل التسامح أو المجاملة .

٤- مستخدم الشئ لمصلحة نفسه :

من يستخدم الشئ لمصلحة نفسه لايجوز له أن يتمسك بالمسئولية المفترضة قبل صاحب ذلك الشئ لأنه لايعتبر حارسا

عليه. كما إذا أصيب طالب بإحدى كليات الزراعة ، من آلة زراعية كانت تحت تصرفه ليتمرن عليها [١].

٥- بقاء الحراسة لمرفق مياه القاهرة رغم تكليفه مقاولا لإجراء أعمال الحفر :

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" إن الحراسة الموجبة للمسئولية على أساس الخطأ المفترض طبقا لنص المادة ١٧٨ من القانون المدنى إنما تتحقق بسيطرة الشخص على الشئ سيطرة فعلية فى الاستعمال والتوجيه والرقابة لحساب نفسه ، ولما كان الثابت فى الدعوى أن مرفق مياه القاهرة عهد إلى مقاول بالقيام بأعمال الحفر فى الطرق فى مناطق معينة بالقاهرة لوضع أنابيب المياه ثم ردم الحفر ورفع المتخلفات الناتجة عن هذه الأعمال ، وكان من نتيجة هذا الحفر أن انكشفت الأسلاك الكهربائية وأصبحت غير عازلة للتيار الكهربائى وفى يوم الحادث سقط ابن الطاعن فى إحدى الحفر فصعقه التيار ومات لساعته ، وإذ كانت الحراسة على الحفر التى أجراها المقاول فى الطريق وعلى الأسلاك الكهربائية التى كشفت عنها منوطة بمرفق مياه القاهرة باعتبار أنه صاحب السيطرة الفعلية عليها وعلى أنابيب

---

(١) حسين عامر وعبد الرحيم عامر ص ٧٢٣ .

المياه التى قدمها للمقاول ، وتظل هذه الحراسة للمرفق المذكور ولاتنتقل إلى المقاول إذ العقد المبرم بينهما هو من عقود الأشغال العامة يمارس المرفق العام بمقتضاه سلطته فى الرقابة والتوجيه والإشراف على هذه الأعمال تحقيقا للمصلحة العامة ، ويقوم فيه المقاول بالعمل لحساب المرفق ، وكانت الحفر التى أجراها المقاول والأسلاك الكهربائية التى كشفت عنها هى من الأشياء التى تتطلب حراستها عناية خاصة فيكون المرفق المذكور مسئولا عن الضرر الذى أحدثته بالطاعن مسئولية أساسها خطأ مفترض طبقا لنص المادة ١٧٨ سالفة الذكر ولا تنتفى عنه هذه المسئولية إلا إذا أثبت أن وقوع الضرر كان بسبب أجنبى لايد له فيه ".

(طعن رقم ٤٣ لسنة ٣٩ ق جلسة ١٩٧٤/١٢/٣١)

٦- لا شأن لهيئة كهرباء الريف بالحراسة على شبكات توزيع الجهد المنخفض :

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" هذه الهيئة (هيئة كهربة الريف) وعلى ما تضمنته أحكام القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٧٦ الصادر بإنشائها فى ١٩٧٦/٣/١٢ إنما تختص بدراسة وتخطيط وتنفيذ جميع الأعمال المتعلقة بمشروع كهربة الريف وتطويره وتدعيم شبكات التوزيع والقيام بجميع أعمال التوصيلات الكهربائية بالنسبة للقوى المحركة للصناعات البيئية

وماكينات الرى وآلات الميكنة الزراعية وما فى حكمها والقيام بأعمال الخبرة وتنفيذ المشروعات التى تدخل فى اختصاص الهيئة فى الداخل أو فى الخارج وقد حلت هذه الهيئة محل الهيئة العامة لكهربة الريف الصادر بإنشائها قرار رئيس الجمهورية رقم ٤٧٠ سنة ١٩٧١ فى ١٩٧١/٣/٢٥ محددا نطاق أعمالها بتلك المتعلقة بمشروعات كهربة الريف وتدعيم شبكات التوزيع القائمة دراسة وتخطيطا وتنفيذا دون أن يمتد نطاق اختصاصها وهيئة كهربة الريف التى حلت محلها إلى ما كان منوطا بالمؤسسة المصرية العامة للكهرباء ومن بعدها هيئة كهرباء مصر من تشغيل وصيانة شبكات توزيع الجهد المنخفض داخل الجمهورية وقراها ".

(طعن رقم ٢٩٧٦ لسنة ٦٢ ق جلسة ٢٠٠٣/٧/٦)

١٠٠ـ لا يشترط فى الحارس أن يكون مميزا :

لايشترط فى الحارس أن يكون مميزا . فغير المميز يمكن اختياره حارسا إذا توافرت له السيطرة الفعلية على الشئ . فالمجنون الذى يقتل شخصا ببندقية يسأل عن تعويض الضرر الذى سببه سلاحه [١].

---

(١) الدناصورى والشواربى ص ٣٥٧

١٠١ـ (ثانيا) ـ المقصود بالشئ :

لم يطلق المشرع حكم المسئولية عن الأشياء على الجمادات أو الأشياء غير الحية جميعها ، بل قصرها على نوعين منها فقط هما: " الآلات الميكانيكية " وبوجه عام " الأشياء التى تتطلب حراستها عناية خاصة " .

وفى هذا تقول مذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" على أن المشرع لم يمض فى هذا السبيل للقصى من غاياته ، بل اجتزأ بما تقتضيه أحوال البلاد فى المرحلة الراهنة من حياتها الاقتصادية . فهو لم يبلغ شأن القضاء الفرنسى فى الحديث من أحكامه، فيمايتعلق بإطلاق حكم هذه المسئولية علىالجمادات بجميع أنواعها، بل اقتصر على " الآلات الميكانيكية " وبوجه عام على "الأشياء التى تتطلب حراستها عناية خاصة " .

وبديهى أن هذا التخصيص قصد به إلى قصر الحكم على تلك الأشياء التى تحتاج لحراسة بسبب الخطر الملازم لها . وبهذا يكون من الميسور تصور إقامة قرينة على " خطأ فى الحراسة " (أنظر فى هذا المعنى المادتين ١٥٢ ، ١٥٣ من التقنين اللبنانى ، والمادة ١٣١ من التقنين البولونى)[١].

ونعرض فيما يلى للمقصود بالآلات الميكانيكية ، ثم المقصود بالأشياء التى تتطلب حراستها عناية خاصة .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٢ ص ٤٣٥ ومابعدها .

(أ) المقصود بالآلات الميكانيكية :

لم يعرف الشارع الآلات الميكانيكية ، ولم تبين مذكرة المشروع التمهيدى المعنى المقصود من هذا الاصطلاح ، ولكن يمكن تعريف الآلات الميكانيكية بأنها كل الآلات التى تحركها قوة ذاتية – غير يد الإنسان – سواء كانت تلك القوة هى البخار أو الكهرباء أو البترول أو المياه أو الهواء .

ولايهم الغرض الذى تستعمل من أجله الآلة ولا المواد المصنوعة منها ولا الشكل التى تتخذه .

وسواء كانت من المنقولات أو العقارات .

وتطبيقا للتعريف المتقدم ، تعتبر من الآلات الميكانيكية : السيارات والدراجات البخارية والقاطرات الكهربائية والترام والمترو والقاطرات البخارية التى تستعملها السكة الحديد والطائرات والمصاعد الكهربائية والآلات الصناعية والزراعية كالجرارات وماكينات الرى وماكينات الحصاد .

وهذه الآلات تزداد تبعا لتقدم الصناعات والاكتشافات الحديثة .

وأمر هذه الآلات لا يثير صعوبة ، إذ فرض القانون أنها تحتاج دائما إلى عناية خاصة لأنها تتحرك بمحرك ذاتى ، وبالتالى فرض الالتزام على حارسها بإبعاد خطرها عن الغير [1].

---

(١) الدناصورى والشواربى ص ٣٥١ ومابعدها – أحمد حشمت أبو ستيت ص ٥١٣.

وتقدير ما إذا كان الشئ الذى أحدث الضرر يدخل ضمن طائفة الآلات الميكانيكية أم لا مسألة قانونية تخضع لرقابة محكمة النقض لتعلق الأمر بركن من أركان المسئولية عن الأشياء . ولذلك يجب على قاضى الموضوع أن يصف الشئ الذى أحدث الضرر بأنه آلة ميكانيكية ، أما تقرير أن شيئا بالذات هو الذى أحدث الضرر دون غيره من الأشياء فمسألة واقع يستقل قاضى الموضوع بإثباتها دون معقب عليه [١].

(ب) المقصود بالأشياء التى تتطلب حراستها عناية خاصة :

جاء بمذكرة المشروع التمهيدى عن المادة ٢٤٧ المقابلة للمادة ١٧٨ مدنى عن الأشياء التى تتطلب عناية خاصة فى الحراسة أنه: " **وبديهى أن هذا التخصيص قصد به إلى قصر الحكم على تلك الأشياء التى تحتاج لحراسة بسبب الخطر الملازم لها** "[٢] . والشارع يعنى بذلك أن يكون الشئ ذا خطر فيما يحتاج إليه من عناية خاصة فى حراسته ، ولا يكون كذلك إلا الشئ الخطر بطبيعته . ومثل ذلك الأسلحة غير الميكانيكية والأسلاك الكهربائية والمواد الكيماوية والمفرقعات[٣] .

---

(١) الدناصورى والشواربى ص ٣٥٢ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٢ ص ٤٣٥ .

(٣) ويلاحظ أن الآلات الميكانيكية تعتبر بمقتضى النص من الأشياء التى تتطلب حراستها عناية خاصة دون تفرقة فيما بينها ، وذلك نظرا لمالها

غير أن الرأى الغالب يذهب إلى أن الأشياء التى تتطلب حراستها عناية خاصة ، تشمل بالإضافة إلى ما تقدم الأشياء الخطرة نظرا إلى ظروفها وملابساتها بأن تصبح فى وضع أو حالة تسمح عادة بأن تحدث ضررا .

ومثال ذلك : الدراجة والشجرة والسلم وغيرها ، فهى ليست أشياء خطرة بطبيعتها لكنها مع ذلك قد تصبح خطرة فى ظروف معينة . فالدراجة فى حالة السرعة وهى على منحدر تصبح خطرا بالنسبة للسابلة (المشاة) ، والشجرة إذا اقتلعها ريح وألقى بها فى عرض الطريق تصبح شيئا خطرا ، كذلك السلم إذا دهن بمادة لزجة تجعل الانزلاق عليه أمرا محتملا ، وأسياخ الحديد وعروق الخشب ليست شيئا خطرا بطبيعته ومادامت فى مكانها ملقاة على الأرض لكنها وهى محملة على عربة أو مشدودة بحبل إلى بناء (سقالة) تصبح شيئا خطرا وهكذا [1].

من قوة محركة ذاتية ، إذ أن هذا يجعلها بحكم طبيعتها فى حاجة دائمة إلى عناية خاصة فى توجيه حركتها كى لا تضر بالغير (عبد المنعم الصده ص ٢٥٨) .

(١) السنهورى ص ٩٢٨ وما بعدها - حسين عامر وعبد الرحيم عامر ص٧٣٠ ومابعدها - أحمد حشمت أبو ستيت ص ٥١٤ ومابعدها - عبد المنعم الصده ص ٥٨٠ .

وبهذا الرأى أخذت محكمة النقض إذ ذهبت إلى أن :

" الشئ فى حكم المادة ١٧٨ من القانون المدنى- وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة- هو ما تقتضى حراسته عناية خاصة إذا كان خطراً بطبيعته أو كان خطراً بظروفه وملابساته بأن يصبح فى وضع أو فى حالة تسمح عادة بأن يحدث الضرر ، وكان الحكم المطعون فيه قد استخلص أن حمام السباحة الذى وقع فيه الحادث هو من الأشياء التى تتطلب حراستها عناية خاصة بالنظر إلى ظروف الحادث وملابساته استنادا إلى ما قرره " أن عرضه ٢٥م وعمقه من ٥-٦م وأنه كان ممتلئا فى يوم وقوع الحادث . وثابت من أقوال ... مسئول النشاط الرياضى بأندية الشركة أن الحمام يقع فى وسط النادى ولايمكن منع الاقتراب منه لرواد النادى ... ومثل هذا الحمام يعتبر شيئا خطرا فى مثل هذه الظروف طالما أنه غير محاط بسور يمنع الدخول إليه إلا بإذن مالكه أو تعين عليه حراسة تمنع ذلك وهو الأمر الذى انتفى ساعة وقوع الحادث ... وأن الثابت من أقوال المسئولين المذكورين ... أن الحمام بعد الساعة ٢ لا يكون به مسئول عن الإنقاذ " .

(طعن رقم ١٧٨١ لسنة ٥٦ ق جلسة ١٩٨٩/١/١٥)

٢- " الشئ فى حكم المادة ١٧٨ من القانون المدنى ، هو ما تقتضى حراسته عناية خاصة إذا كان خطرا بطبيعته ، أو كان خطرا بظروفه وملابساته بأن يصبح فى وضع أو فى حالة تسمح عادة بأن يحدث الضرر " .

(طعن رقم ٥٢٢ لسنة ٤٥ ق جلسة ١٩٨٣/١/١٣)

٣- " إذا قضى الحكم المطعون فيه بالتعويض على أساس المسئولية الناشئة عن حراسة الأشياء ، وفقا لنص المادة ١٧٨ من القانون المدنى وأن الشئ في حكمها – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – هو ما تقتضى حراسته عناية خاصة إذا كان خطرا بطبيعته أو كان خطرا بظروفه وملابساته بأن يصبح فى وضع أو حالة تسمح عادة بأن يحدث ضررا ، وكان استخلاص الحكم المطعون فيه أن **الأسلاك التليفونية فى مثل ظروف الدعوى تعتبر من الأشياء التى تتطلب حراستها عناية خاصة وهو** استخلاص سائغ له أصله الثابت فى الأوراق وتؤدى إلى النتيجة التى انتهى إليها ويتفق وصحيح القانون " .

(طعن رقم ٨٢١ لسنة ٥٧ ق جلسة ١٩٩٠/١/٣١)

ويلاحظ أن تقدير ما إذا كان الشئ يحتاج إلى عناية خاصة أولا **مما يدخل فى سلطة قاضى الموضوع** ، وإن لزمه أن يبين فى حكمه أسباب رأيه وإلا شاب الحكم قصور التسبيب وتعرض للنقض[١].

الشرط الثانى :

أن يحدث الشئ ضررا للغير :

يجب لتحقق المسئولية أن يقع ضرر للغير بفعل الشئ . ولهذا نتناول هنا مسألتين : فعل الشئ والضرر الذى يحدثه فعل الشئ .

---

(١) أحمد حشمت أبو ستيت ص ٥١٤ .

(أ) فعل الشئ :

يجب أن يكون الضرر ناشئا عن فعل الشئ . وهذا يقتضى أن يكون الشئ قد تدخل تدخلا إيجابيا ، فيكون بذلك هو السبب فى إحداث الضرر.

فلا يكفى فى ذلك مجرد التدخل السلبى . ويتحقق التدخل الإيجابى بأن يكون الشئ فى وضع أو فى حالة تسمح عادة بأن يحدث الضرر كأن تكون السيارة التى أحدثت الضرر سائرة فى الطريق أو واقفة فى غير المكان المعد للوقوف ، أو كانت الشجرة قد اقتلعتها الريح وقذفت بها فى عرض الطريق ، أو كانت الآلة الميكانيكية فى غير مكانها الطبيعى أو كانت تتحرك .

أما إذا كانت السيارة واقفة فى المكان المعد لذلك أو كانت الشجرة ثابتة فى مكانها لم تحركها الريح أو كانت الآلة الميكانيكية فى مكانها الطبيعى ، فاصطدم بها شخص وجرح ، فهذه جميعا أوضاع سلبية للشئ ، ولا يمكن القول بأن الضرر الذى وقع هو من فعل الشئ .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- " يشترط لتحقق مسئولية حارس الأشياء المقررة فى المادة ١٧٨ من القانون المدنى أن يقع الضرر بفعل الشئ مما يقتضى أن يتدخل الشئ تدخلا إيجابيا فى إحداث الضرر . فإذا دفع الحارس هذه المسئولية أمام محكمة الموضوع بأن تدخل الشئ لم يكن إلا

تدخلا سلبيا وأن الضرر لم يقع إلا بخطأ المتوفى الذى دخل إلى حيث توجد آبار الفضلات - فى مكان يحرم عليه بحكم اللوائح دخوله، بل إن الشارع يؤثم هذا الفعل - فإن الحكم المطعون فيه إذ لم يواجه هذا الدفاع الجوهرى ولم يناقشه يكون معيبا بما يستوجب نقضه ".

(طعن رقم ١٠٤ لسنة ٢٩ ق جلسة ١٩٦٤/٢/٢٠)

٢- " من المقرر أن مسئولية حارس الشئ تقوم على أساس خطأ مفترض فى جانبه وهى تتطلب أساسا أن يقع الضرر بفعل الشئ ذاته أى بتدخله تدخلا إيجابيا بحيث يكون الفعل المسبب للضرر متصلا بداخله وتكوينه ، ويجب استبعاد هذه المسئولية الشيئية متى قامت علاقة تعاقدية بين الحارس والمضرور ".

(طعن رقم ٧٦٠ لسنة ٥٠ ق جلسة ١٩٨٥/٥/١٣)

١٠١ مكررا - عدم لزوم الاتصال المادى المباشر بين الشئ والمضرور:

لايستلزم التدخل الإيجابى أن يكون هناك اتصال مادى مباشر بين الشئ والمضرور . فإذا وقفت سيارة فجأة فاضطرت سيارة تسير خلفها إلى الانحراف واصطدمت بشجرة أو بحائط فحدث الضرر يكون ذلك ومثله تدخلا إيجابيا فى إحداث الضرر .

وكذلك إذا سارت سيارة بسرعة تزيد على السرعة المعتادة ففزع أحد المارة وأصيب بضرر دون أن تمسه السيارة ، كان ذلك تدخلا إيجابيا .

١٠٢- الفعل من الشئ وليس من الإنسان :

تحديد المقصود بالتدخل الإيجابى ليس أمرا سهلا وتأتى الصعوبة فى أننا نتطلب أن يكون الفعل منسوبا إلى الشئ فى الوقت الذى لايتصور فيه أن يكون فعل الشئ مستقلا تمام الاستقلال عن فعل الإنسان ، إذ الإنسان دائما وراء الشئ .

ومع ذلك فمن الممكن حلا لهذه الصعوبة القول بنسبة الفعل الضار إلى الشئ متى توافرت صلة سببية بين الشئ والضرر وهذه غير صلة السببية التى هى ركن كل مسئولية والتى يجب أن تتوافر هنا بين خطأ الحارس المفترض والضرر . كما لوكان سائقا يقود سيارة صدمت أحد المارة . والإجابة على ذلك أن الشارع قرر القاعدة الواردة فى المادة ١٨٧ مدنى نظرا لما يلازم الشئ من خطر يجعله فى حاجة إلى عناية خاصة فى حراسته حتى لا يحدث ضررا للغير . فإذا كان الشئ من الآلات الميكانيكية أو الأشياء التى تتطلب حراستها عناية خاصة وأحدث ضررا للغير كان معنى ذلك أن الحارس قد قصر فى بذل هذه العناية الخاصة حتى أفلت زمام الشئ من يده ، ومن ثم يعتبر الضرر دائما أنه قد وقع بفعل الشئ ، وذلك فيما عدا الحالة النادرة التى يكون الحارس فيها قد وجه الشئ قصدا إلى إحداث الضرر(١).

---

(١) عبد المنعم الصده ص ٥٨١ وما بعدها – أحمد حشمت أبو ستيت ص ٥١١– حسين عامر وعبد الرحيم عامر ص ٧٣٣ .

١٠٣- الضرر الذى يحدثه فعل الشئ :

يجب لتطبيق أحكام المسئولية عن الأشياء أن يكـون الضـرر الذى أحدثه الشئ قد وقع على غير الحارس ، وذلك على التفصـيل الذى ذكرناه فى خصوص المسئولية عن الحيوان .

وقد يكون هذا الغير أجنبيا عن الحارس ، وقد يكون هو تـابع الحارس ، وقد يكون هو المالك إذا كان شخصا غير الحارس .

١٠٤- عدم تطبيق حكم المادة إذا وجدت علاقة عقدية :

المسئولية الناشئة عن الأشياء طبقا للمادة (١٧٨) إنما لا تعنـى إلا الأغيار - كما ذكرنا سلفا - فلا تطبـق أحكامهـا فـى النطـاق التعاقدى ، فإذا كانت ثمة علاقة عقدية بين الحارس والمصاب فـلا محل لتطبيق أحكام المسئولية المفترضة عن الأشياء .

فالمسافر بأجر لا يعتبر غيرا بالنسبة لمتعهد النقل ، لما بينهمـا من تعاقد ، وكذلك مرسل البضاعة بالنسبة لأمين النقـل ، فأحكـام العقد هى التى تسرى عما يحدث من ضرر بسبب الشـئ وتكـون داخلة فى حدود التعاقد المبرم بينهما ، أما ما يخرج عنهـا ، فإنـه تطبق فيه أحكام المسئولية عن الأشياء [١].

---

(١) حسين عامـر وعبد الرحيم عامـر ص ٧٣٤ - عبد المنعـم الصـده ص ٥٨٢ - أحمد حشمت أبو ستيت ص ٥١٦ .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

(أ)- " من المقرر أن مسئولية حارس الشئ تقوم على أساس خطأ مفترض فى جانبه وهى تتطلب أساسا أن يقع الضرر بفعل الشئ ذاته أى بتدخله تدخلا إيجابيا بحيث يكون الفعل المسبب للضرر متصلا بداخله وتكوينه ، ويجب استبعاد هذه المسئولية الشيئية متى قامت علاقة تعاقدية بين الحارس والمضرور ".

(ب)- " من المقرر أنه إذا هلكت العين المؤجرة - بعد الإيجار- بغير خطأ المستأجر فإنها تهلك على المؤجر سواء حدثت الهلاك قبل التسليم أو بعده ، ولا يكون المؤجر مسئولا عما يحدثه هذا الهلاك من ضرر بالمستأجر إلا إذا ثبت وقوع خطأ منه لأن مسئولية المؤجر فى هذه الحالة مسئولية عقدية مصدرها عقد الإيجار ، ولا محل لتطبيق مسئولية المستأجر المفترضة عن حريق العين المؤجرة المنصوص عليها فى المادة ٥٨٤ من القانون المدنى فى حق المؤجر إذا حدث الحريق أثناء وجود العين المؤجرة فى حيازته قبل تسليمها للمستأجر فعليا ، ذلك أن هذا النص إنما يورد حكما خاصا بمسئولية المستأجر عن حريق العين المؤجرة لايجوز القياس عليه " .

(طعن رقم ٧٦٠ لسنة ٥٠ ق جلسة ١٩٨٥/٥/١٣)

١٠٥ـ تحديد المحكمة للأساس القانونى الصحيح لطلب التعويض :

لا تتقيد محكمة الموضوع فى تحديد طبيعة المسئولية التى استند إليها المضرور فى طلب التعويض أو النص القانونى الذى اعتمد عليه فى ذلك ، فذلك من وسائل الدفاع ، وللمحكمة أن تحدد الأساس القانونى الصحيح لطلب التعويض دون أن يعد ذلك منها تغييرا لسبب الدعوى أو موضوعها .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- " من المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن محكمة الموضوع لاتتقيد فى تحديد طبيعة المسئولية التى استند إليها المضرور فى طلب التعويض أو النص القانونى الذى اعتمد عليه فى ذلك إذ أن هذا الاستناد يعتبر من مسائل الدفاع فى دعوى التعويض لاتلتزم به المحكمة بل يتعين عليها من تلقاء نفسها أن تحدد الأساس القانونى الصحيح للمسئولية وأن تتقصى الحكم القانونى المنطبق على العلاقة بين طرفى دعوى التعويض وأن تنزله على الواقعة المطروحة عليها ولايعد ذلك منها تغييرا لسبب الدعوى أو موضوعها ".

(طعن رقم ٧٦٠ لسنة ٥٥ ق جلسة ١٩٨٥/٥/٣)

٢- " يتعين على محكمة الموضوع فى كل حال أن تتقصى من

تلقاء نفسها الحكم القانونى الصحيح المنطبق على العلاقة بين طرفى دعوى التعويض وأن تنزله على الواقعة المطروحة عليها باعتبار أن كل ما تولد به للمضرور حق فى التعويض عما أصابه من ضرر قبل من أحدثه أو تسبب فيه إنما هو السبب المباشر المولد للدعوى بالتعويض مهما كانت طبيعة المسئولية التى استند إليها المضرور فى تأييد طلبه أو النص القانونى الذى اعتمد عليه فى ذلك لأن هذا الاستناد يعتبر من وسائل الدفاع فى دعوى التعويض التى يتعين على محكمة الموضوع أن تأخذ منها ما يتفق وطبيعة النزاع المطروح عليها وأن تنزل حكمه على واقعة الدعوى ولايعد ذلك منها تغييرا لسبب الدعوى أو موضوعها مما لا تملكه من تلقاء نفسها " .

(طعن رقم ٥١٩٦ لسنة ٦٢ ق جلسة ١٩٩٣/٥/٢٠)

١٠٦ـ الأساس القانونى للمسئولية عن الأشياء المنصوص عليها بالمادة (١٧٨) :

الرأى السائد أن هذه المسئولية تقصيرية قوامها خطأ يتمثل فى تقصير حارس الشئ فى بذل ما تقتضيه الحراسة عليه من عناية خاصة تحول دون أن يفلت زمامه من يده فيحدث الضرر وهى مسئولية مفترضة ، افتراضا لا يقبل إثبات العكس .

فلا يجوز إذن للحارس أن ينفى الخطأ عن نفسه بأن يثبت أنه لم

يرتكب خطأ أو أنه قام بما ينبغى من العناية حتى لا يفلــت زمــام الشئ من يده [١].

(أنظر قضاء محكمة النقض المنشور ببند ١٠٨) .

١٠٧ـ ما يجب على المضرور إثباته :

يقع على المضرور عبء إثبات الشــروط التــى تحقــق بهــا مسئولية حارس الأشياء ، وهو أن المدعى عليه حارس للشئ الذى أحدث به الضرر ، وأن الضرر قد وقع بفعل شئ إما آلة ميكانيكية أو شئ تقتضى حراسته عناية خاصة . وأن هذا الشئ قــد تــدخل تدخلا إيجابيا فى إحداث الضرر وإن كان يجوز للمدعى عليه نفــى التدخل الإيجابى وإقامة الدليل على أن تدخل الشئ كان سلبياً .

إلا أن المضرور لا يكلف بإثبات خطأ فى جانب الحــارس لأن هذا الخطأ – كما ذكرنا – خطأ مفترض .

١٠٨ـ دفع مسئولية الحارس :

لا تتدفع مسئولية الحارس ، إلا بنفى علاقة السببية بــين فعــل الشئ والضرر الذى وقع ، بإقامة الدليل على أن وقوع الضرر كان بسبب أجنبى لا يد له فيه .

---

(١) السنهورى ص ٩٣٠ ومابعدها – محمود جمال الدين زكى ص ٣١٩ – المستشار أنور العمروسى ص ٤٦١– حسين عامر وعبد الرحيم عامر ص ٧٢٠ .

والسبب الأجنبى لا يكون إلا قوة قاهرة أو خطأ المضـــرور أو خطأ الغير[1] .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- "المسئولية المقررة فى المادة ١٧٨ من القانون المدنى تقوم على أساس خطأ مفترض وقوعه من حارس الشئ افتراضا لايقبـــل إثبات العكس ومن ثم فإن هذه المسئولية لا تدرأ عن هذا الحـــارس بإثبات أنه لم يرتكب خطأ ما وأنه قام بما ينبغى من العناية والحيطة حتى لا يقع الضرر من الشئ الذى فى حراسته وإنما ترتفـــع هـــذه المسئولية فقط إذا أثبت الحارس أن وقوع الضـــرر كـــان بســـبب أجنبى لا يد له فيه وهذا السبب لا يكون إلا قـــوة قـــاهرة أو خطـــأ المضرور أو خطأ الغير . فإذا كان الحكم المطعون فيه قد استند فى القول بانتفاء هذه المسئولية عن الوزارة المطعون عليها علـــى مـــا ذكره من انتفاء الخطأ من جانب الوزارة حارسة الشئ فـــإن ذلـــك لاتندفع به مسئوليتها طبقا للمادة ١٧٨ من القانون المدنى " .

(طعن رقم ١٧ لسنة ٢٩ ق جلسة ١٩٦٣/١٢/١٢)

---

(١) السنهورى ص ٩٣٢ – محمود جمال الدين زكـــى ص ٣١٩- أحمـــد حشمت أبو ستيت ص ٥١٥- المستشار أنور العمروسى ص ٤٦١ .

٢- " المسئولية المقررة بالمادة ١٧٨ من القانون المدنى تقوم على أساس خطأ مفترض وقوعه من حارس الشئ، ومن ثم فإن هذه المسئولية- على ما جرى به قضاء محكمة النقض- لا تدرأ عن هذا الحارس بإثبات أنه لم يرتكب خطأ ما وأنه قام بما ينبغى من العناية والحيطة حتى لا يقع الضرر من الشئ ،الذى فى حراسته ، وإنما ترتفع هذه المسئولية فقط إذا أثبت الحارس أن وقوع الضرر كان بسبب أجنبى لا يد له فيه ، وهذا السبب لا يكون إلا قوة قاهرة أو خطأ المضرور أو خطأ الغير " .

(طعن رقم ٢٠٣ لسنة ٣٢ ق جلسة ١٩٦٦/١١/٢٢)

٣- " النص فى المادة ١٧٨ من القانون المدنى على أن " كل من تولى حراسة أشياء تتطلب حراستها عناية خاصة أو حراسة آلات ميكانيكية يكون مسئولاعما تحدثه هذه الأشياء من ضرر ، ما لم يثبت أن وقوع الضرر كان بسبب أجنبى لا يد له فيه " يدل على أن الحارس الذى يفترض الخطأ فى جانبه على مقتضى هذا النص هو ذلك الشخص الطبيعى أو المعنوى الذى تكون له السيطرة الفعلية على الشئ قصدا واستقلالا ، ولا تنتقل منه إلى تابعه المنوط به رقابته لأنه وإن كان للتابع السيطرة المادية على الشئ إلا أنه إذ يعمل لحساب متبوعه ولمصلحته ويأتمر بأوامره ويتلقى تعليماته فإنه يكون خاضعا للمتبوع مما يفقده العنصر المعنوى للحراسة

ويجعل المتبوع وحده هو الحارس على الشئ ، لأن العبرة فى قيام الحراسة الموجبة للمسئولية فى هذه الحالة هى بسـيطرة الشـخص على الشئ سيطرة فعلية لحساب نفسه وتقوم المسئولية على أسـاس خطأ مفترض وقوعه منحارس الشئ افتراضا لايقبل إثبات العكس، ومن ثم فإن هذه المسئولية لا تدرأ عن هذا الحارس بإثبات أنه لـم يرتكب خطأ ما وأنه قام بما ينبغى من العناية والخيطة حتى لايقـع الضرر من الشئ الذى فى حراسته ، وإنما ترتفع هذه المسئولية إذا أثبت الحارس أن وقوع الضرر كان بسبب أجنبى لا يد له فيه بـأن يكون الفعل خارجا عن الشئ فلا يكون متصلا بداخليته أو تكوينـه فإذا كان الضرر راجعا إلى عيب فى الشئ فإنه لايعتبر ناشئا عـن سبب أجنبى ولو كان هذا العيب خفيا ، وهذا السبب لا يكون إلا قوة قاهرة أو خطأ المضرور أو خطأ الغير ".

(طعن رقم ١٤٩ لسنة ٤٤ ق جلسة ١٩٧٨/٤/٢٥)

٤- " النص فى المادة ١٧٨ من القانون المدنى يدل وعلى مـا جرى به قضاء هذه المحكمة أن المسئولية المقررة بموجبـه تقـوم على أساس خطأ مفترض وقوعه من حارس الشئ افتراضا لايقبـل إثبات العكس ومن ثم فإنه هذه المسئولية لا تـدرأ عـن الحـارس بإثبات أنه لم يرتكب خطأ أو أنه قام بما ينبغى من العناية والحيطة حتى لايقع الضرر من الشئ الذى يتولى حراسته وهى لاترتفـع إلا

إذا أثبت الحارس أن وقوع الضرر كان بسبب أجنبى لا يد له فيـــه وهذا السبب لا يكون إلا قوة قاهرة أو خطـــأ المضـــرور أو خطـــأ الغير".

(طعن رقم ١٠٥٢ لسنة ٥٣ ق جلسة ١٩٨٤/١/٣١)

٥- " المسئولية المقررة بالمادة ١٧٨ من القـــانون المـــدنى- وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة- تقوم علـــى أســـاس خطـــأ مفترض وقوعه من حارس الشئ افتراضا لا يقبل إثبـــات العكـــس وترتفع عنه المسئولية إذا أثبت أن وقوع الضرر كان بسبب أجنبى لايد له فيه وهذا السبب لا يكون إلا قوة قاهرة أو خطأ المضرور أو خطأ الغير ، ولا يعتبر الفعل سببا أجنبيا إلا إذا كان خارجـــا عـــن الشئ فلا يتصل بتكوينه ولايمكن توقعه أو دفعـــه أو درء نتائجـــه ويؤدى مباشرة إلى وقوع الحادث " .

(طعن رقم ٢٧٥٩ لسنة ٦٠ ق جلسة ١٩٩٦/٦/١١)

غير أنه يشترط أن يكون السبب الأجنبـــى الـــذى يـــدفع بـــه الحارس مسئوليته محددا لا تجهيل فيه ولا إبهام .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" إنه وإن جاز لحارس الأشياء أو الآلات الميكانيكية فى حكـــم المادة ١٧٨ مدنى نفى مسئوليته المفترضة عما تحدثه هذه الأشـــياء

من ضرر بإثبات أن ما وقع كان بسبب أجنبى لا يد له فيه ، إلا أنه يشترط أن يكون السبب الذى يسوقه لدفع مسئوليته محددا لا تجهيل فيه ولا إيهام سواء أكان ممثلا فى قوة قاهرة أم حــادث فجــائى أم خطأ المصاب أم خطأ الغير " .

(طعن رقم ٢٨٥ لسنة ٣٠ ق جلسة ١٩٦٥/٣/٢٥)

١٠٩ـ صور السبب الأجنبى :

١ – القوة القاهرة :

ومثال القوة القاهرة ، أن تهب رياح عاتية فتكسر شجرة فتسقط الشجرة على أحد الأشخاص وتصيبه .

ولكن لايعتبر الحادث قوة قاهرة إذا جاء من داخل الشــئ ولــو كان عيبا خفيا . وبالتالى لايعتبر انفجار إطار السيارة أداة الحــادث قوة قاهرة تنفى المسئولية عن المدعى عليه .

إذ قضت محكمة النقض بأن :

" إذا كان الحكم المطعون فيه قد اعتبــر إطــار الســيارة أداة الحادث سببا أجنبيا يعفى الشركة المطعون ضــدها الأولــى مــن مسئوليتها كحارسة للسيارة فى حين أن هذا الانفجار لا يعد خارجــا عن السيارة وتكوينها ويمكن توقعه والتحرز من حدوثه فلا يعتبــر

من قبيل السبب الأجنبى مما يعيب الحكم بالخطأ فى تطبيق القـانون والفساد فى الاستدلال " .

(طعن رقم ٢٧٥٩ لسنة ٦٠ ق جلسة ١٩٩٦/٦/١١)

(راجـع أيضـا طعـن رقـم ١٤٩ لسـنة ٤٤ ق جلسـة ١٩٧٨/٤/٢٥ المنشور سلفا) .

٢- فعل الغير :

المقصود بالغير كل شخص أجنبى عن الحارس ومـن يسـأل عنهم وعن المضرور ومن يسأل عنهم ، وإن كان لا يلزم أن يكون معروفا أو محددا مادام وجوده وقت الحادث كان محققا . وإن كان ذلك لايمنع مسئولية الحارس طبقا لقواعد الخطأ الشخصى الواجـب الإثبات إن كان قد وقع منه أو من أحد تابعيه أو ممن يسأل عـنهم خطأ اشترك مع خطأ الغير فى إحدث الضرر[١].

ومثال فعل الغير أن تأتى سيارة مسرعة جدا خلـف السـيارة التى يقودها المدعى عليه فتدفع سيارته إلى الإمام فتـرتطم بأحـد المارة أو بسيارة تسبقه فتصيب أحد الأشخاص .

---

(١) محمد كمال عبد العزيز ص ١٦٨٠ ومابعدها .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" يشترط فى الغير الذى ترتفع بخطئه مسئولية الحارس ألا يكون ممن يسأل الجارس قانونا عما يحدثونه من ضرر بعملهم غير المشروع ، وإذ كان الحكم قد نفى مسئولية الشركة المطعون عليها الأولى عن الضرر الذى أحدثته سيارتها ، استنادا إلى أنه كان نتيجة خطأ الغير وهى الصبى الذى أدار المحرك ، مع أن هذا الصبى تابع للشركة ووقع الخطأ منه فى حال تأدية وظيفته وبسببها ، فتسأل عن الضرر الذى أحدثه بعمله غير المشروع وفقا للمادة ١٧٤ من القانون المدنى فإن الحكم فى دعامته التى أقام عليها قضاءه بانتفاء مسئولية المطعون عليه الأول، يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون".

(طعن رقم ١٠٧٢ لسنة ٤٥ ق جلسة ١٩٧٩/٤/١٢ - غير منشور) (١).

٣- فعل المضرور :

يشترط أن يكون فعل المضرور خطأ أى عملا غير مشروع على النحو الذى نصت عليه المادة ١٦٣ مدنى . وسواء صدر الفعل من المضرور نفسه أو ممن يسأل عنهم ، بشرط أن يكون هذا الخطأ هو السبب المباشر للضرر . مثل ذلك أن يعبر المضرور الطريق فجأة أمام السيارة التى يقودها المسئول وعن مسافة قريبة فترتطم به السيارة وتحدث إصابته .

---

(١) منشور بمؤلف الأستاذ محمد كمال عبد العزيز ص ١٦٨١ .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

(أ) - " مناط المسئولية الشيئية قبل حارس الشئ سواء كان شخص طبيعيا أو معنويا له السيطرة الفعلية عليه لحساب نفسه قصدا واستقلالا وفقا لنص المادة ١٧٨ من القانون المدنى وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة هو ثبوت فعل الشئ وإحداث الضرر فإذا ثبت ذلك أضحى الخطأ مفترضا فى حقه بحيث لا يدرؤه عنه إلا أن يثبت أن وقوع الضرر كان بسبب أجنبى لا يد له فيه كقوة قاهرة أو حادث مفاجئ أو خطأ الغير أو خطأ المضرور " .

(طعن رقم ٩٢ لسنة ٦٣ ق جلسة ١٩٩٤/٦/١٥)

(ب) -" يشترط فى خطأ المضرور إذا كان هو الدعامة التى يستند إليها الحارس للقول بانقطاع رابطة السببية بين فعل الشئ والضرر الذى وقع أن يصدر عن المضرور أى فعل عن شأنه أن يحدث الضرر به وأن يكون هو السبب المباشر له وهو ما يعنى انقطاع رابطة السببية إذا كان تدخل الشئ فى حدوث الضرر سلبيا محضا حتى ولو كان خطأ المضرور ممكن التوقع أو ممكن تجنب آثاره ".

(طعن رقم ٩٢ لسنة ٦٣ ق جلسة ١٩٩٤/٦/١٥)

كما قضت محكمة النقض – الدائرة الجنائية – بأن :

" من المقرر أن رابطة السببية كركن من أركان جريمة القتل الخطأ تتطلب إسناد النتيجة إلى خطأ الجانى ومساءلته عنها طالما كانت تتفق مع السير العادى للأمور وأن خطأ الغير ومنهم المجنى عليه يقطع رابطة السببية متى استغرق خطأ الجانى وكان كافيا بذاته لإحداث النتيجة . ولما كان الثابت بمحضر جلسة المحاكمة الاستئنافية أن المدافع عن الطاعن دفع بانقطاع رابطة السببية بين ما عزى إليه من خطأ بوصفه حارسا على العقار – من تركه المصعد يعمل دون إصلاح عيوبه وبين ما لحق المجنى عليه من ضرر تأسيسا على أن الحادث إنما نشأ بخطأ المتهم الآخر وهو عامل المصعد فضلا عن خطأ المجنى عليه وذويه على النحو الذى فصله فى وجه طعنه وأن كلا من هذين الخطأين بالنظر لجسامته وغرابته يوفر سلوكا شاذا لا يتفق مع السير العادى للأمور وما كان للطاعن بوصفه حارسا على العقار أن يتوقعه أو يدخله فى تقديره حالة أنه لم يقصر فى صيانة المصعد بل أناط ذلك بشركة مختصة بأعمال المصاعد وصيانتها وهو دفاع جوهرى لما يستهدفه من نفى عنصر أساسى من عناصر الجريمة قد يترتب على ثبوت صحته انتفاء مسئوليته الجنائية والمدنية ، وكان لزاما على المحكمة أن تعرض له بما يدل على أنها كانت على بينة من أمره محيطة بحقيقة

مبناه وأن تقسطه حقه إيرادا له وردا عليه . وذلك بالتصدى لموقف كل من المتهم الثانى فى الدعوى والمجنى عليه وذويه وكيفية سلوكهم وأثر ذلك على قيام رابطة السببية بين الخطأ المعزو للطاعن أو انتفائها ، أما وهى لم تفعل فإن حكمها يكون معيبا بالقصور فى التسبيب ، مما يتعين معه نقضه " .

(طعن رقم ٩١١ لسنة ٣٩ ق جلسة ١٩٦٩/١١/١٧)

١١٠ـ تقدير السبب الأجنبى مما يخضع لتقدير قاضى الموضوع :

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" إن كان لمحكمة الموضوع تقدير ما إذا كانت الواقعة المدعى بها تعتبر سببا أجنبيا ينقضى به الالتزام وتنتفى به المسئولية إلا أن ذلك مشروط بأن تقيم قضاءها على أسباب سائغة تكفى لحمله".

(طعن رقم ٢٧٥٩ لسنة ٦٠ ق جلسة ١٩٩٦/٦/١١)

١١١ـ بيان عناصر المسئولية فى الحكم :

يجب أن يبين الحكم الصادر بالتعويض عناصر المسئولية التى ذكرناها سلفا .

وإذا خلص إلى انتفاء المسئولية لأن الحادث يرجع إلى قوة قاهرة أو خطأ المضرور أو خطأ الغير ، أن يعنى ببيان ذلك

ومظاهره والوقائع التى استمد منها ذلك فى الحكم ، وإلا كان الحكم مشوبا بالقصور .

وبالترتيب على ذلك قضت محكمة النقض بأن :

١- " إذا كان الحكم المطعون فيه قد اكتفى فى بيان خطأ المضرور (الطاعن) بعبارة مجملة تتضمن أن الطاعن لم يكن حريصا فى سيره دون يكشف عن مظاهر عدم هذا الحرص وعن الأعمال التى وقعت من المضرور واعتبرها الحكم عدم حرص منه ودون أن يبين المصدر الذى لستمد منه هذه الواقعة أو يقيم الدليل عليها فإنه يكون مشوبا بالقصور " .

(طعن رقم ١٧ لسنة ٢٩ ق جلسة ١٩٦٣/١٢/١٢)

٢- " النص فى المادة ١٧٨ من القانون المدنى يدل على أنه يشترط لتحقق المسئولية المقررة به أن يكون الشئ الذى لاينـدرج فى مدلول الآلات الميكانيكية متطلبا فى حراسته عناية خاصة بحكم تكوينه أو تركيبه أو بحكم الظروف والملابسات التى أحاطت بالحادث ، وأن يقع الضرر بفعل الشئ ذاته مما يقتضى أن يتدخل الشئ تدخلا إيجابيا فى إحداث الضرر ولما كان الحكم المطعون فيه لم يثبت اطلاعا على محضر التحقيق الذى ضبط عن واقعة الحادث أو عنى بتمحيص أدلة ثبوت مسئولية الشركة الطاعنة وإنما ساق قضاءه مجهلا فى بيان ماهية الشئ الذى أحدث الضرر والإفصاح

عن المصدر الذى استقى منه دليل قابليته للاشتعال بحكم تكوينه وتركيبه وكيف حدث اشتعال النار به وقت الحادث ، وما إذا كان هذا الاشتعال ذاتيا أم بسبب تدخل خارجى ، ولم يواجه الحكم بالتحقيق والتمحيص دفاع الشركة الطاعنة المؤسس على أن مورث المطعون ضدهم كان وقت الحادث يعمل فى تثبيت سجاد صناعى بمادة لاصقة صنعت لهذا الغرض ولم تشتعل النار ذاتيا وإنما بسبب إهمال هذه العامل فى تدخين لفافه تبغ أثناء عمله فامتدت النار منها إلى الأشياء التى كان يعمل بها وهو دفاع جوهرى لو صح لجاز أن يتغير وجه الرأى فى الدعوى ، لما كان ذلك فإن الحكم يكون معيبا بالقصور المبطل " .

(طعن رقم ٩٠٧ لسنة ٥٧ ق جلسة ١٩٨٨/١٢/١٥- لم ينشر)

١١٢ـ إذا توافر الخطأ فى جانب الحارس فإنه يمكن مساءلته جنائيا :

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" إن مسئولية حارس الأشياء المنصوص عليها فى المادة١٧٨ من القانون هى مسئولية تقصيرية قوامها خطأ يتمثل فى تقصير حارس الشئ فى بذل ما تقتضيه الحراسة عليه من عناية خاصة تحول دون أن يفلت زمامه من يده فيحدث الضرر ، وهو خطأ

يمكن أن يكون محلا للمساءلة الجنائية متى تحدد نوعه وقام الدليل على نسبته إلى الحارس ، أما افتراض مسئولية الحارس على الشئ فإنه قاصر على مسئوليته المدنية وحدها ينصرف الغرض فيها إلى علاقة السببية دون الخطأ ، يؤكد ذلك ما نصت عليه المادة المشار إليها من قابلية افتراضها لإثبات العكس متى أثبت الحارس وجود السبب الأجنبى الذى تنتفى به السببية ".

(طعن رقم ٢١٤ لسنة ٤٦ ق جلسة ٢٣/٤/١٩٨٠)

١١٣ـ جواز تحقق المسئولية على أساس مسئولية المتبوع وحارس الأشياء معا :

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- " التناقض الذى يفسد الحكم – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة- ما تتماحى به الأسباب بحيث لايبقى بعدها ما يمكن حمل الحكم عليه أو ما يكون واقعا فى أسبابه بحيث لا يمكن معه أن يفهم على أى أساس قضت المحكمة بما قضت به فى منطوقه – والمسئولية الشيئية ومسئولية المتبوع من أنظمة المسئولية التقصيرية يكمل كل منهما الآخر وليس فى القانون ما يمنع من أن تتحقق مسئولية مالك السيارة على الأساسين معا ، فالسيارة تعتبر فى حراسة مالكها ولو أسند قيادتها إلى سائق تابع له ومن ثم يسأل كمتبوع عن أخطاء تابعه فضلا عن مسئوليته كحارس على السيارة

عما تلحقه من ضرر بالغير ، لما كان ذلك فإن النعى على الحكم المطعون فيه بالتناقض يكون على غير أساس ".

(طعن رقم ٩٤٦ لسنة ٤٦ ق جلسة ١٩٨٧/٥/٢٩)

١١٤ـ براءة المتهم فى الدعوى الجنائية لوجود السبب الأجنبى يحول دون رفع دعوى تعويض على أساس المسئولية عن حراسة الأشياء :

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- " إذا كان البين من مدونات الحكم الابتدائى المؤيد بالحكم المطعون فيه أن الاتهام فى قضية الجنحة قد وجه إلى معاون المستشفى عن واقعتى القتل والإصابة الخطأ بوصف أنهما كانتا ناشئتين عن إهماله وعدم احتياطه وإخلاله إخلالا جسيما بما تفرضه عليه واجبات وظيفته بأن لم يقم بوضع تحذير على باب المصعد بعدم استعماله رغم علمه بتعطله فاستقله المجنى عليهم وسقط بهم. وهو اتهام يقوم على الإخلال بواجب من صميم ما تقتضيه الحراسة على المصعد كآلة ميكانيكية من بذل عناية خاصة لا سبيل لمساءلة الهيئة المطعون ضدها – هيئة التأمين الصحى – كشخص معنوى عنه إلا من خلال شخص طبيعى يمثلها فى مباشرة الحراسة على المصعد المملوك لها فإن المسئولية عن حراسة المصعد تكون قد

طرحت على المحكمة الجنائية فيما وجه لمعاون المستشفى من اتهام وفى الدعوى المدنية التى أقيمت عليه هو والهيئة المطعون ضـدها تبعا للدعوى الجنائية . وإذ قضت تلك المحكمة برفضها قبلهما بعد أن ثبت لديها وجود السبب الأجنبى متمثلا فى خطأ المـتهم الآخـر وهو المقاول الذى عهد إليه إصلاح المصعد فإن حكمها هذا يحـوز قوة الأمر المقضى ويحول دون معاودة رفع الدعوى قبـل الهيئـة المطعون ضدها لمطالبتها بالتعويض وإذ التزم الحكم المطعون فيـه هذا النظر فإنه يكون قد أصاب صحيح القانون".

(طعن رقم ٢١٤ لسنة ٤٦ ق جلسة ١٩٨٠/٤/٢٣)

٢- إذ كان القضاء ببراءة سائق السيارة المؤمن عليهـا لـدى الطاعنة لقيام سبب أجنبى كالقوة القاهرة أو الحادث المفاجئ أو خطأ المجنى عليه ، أو خطأ الغير ، كما يقطع علاقة السببية بـين فعلـه والنتيجة الضارة ، فإنه يؤدى إلى انتفاء قرينة الخطأ المفترض فـى جانب حارس الشئ المنصوص عليها فى المادة ١٧٨ من القـانون المدنى ، فيمتنع على القاضى المدنى إعمال هذه القرينـة بعـد أن نفاها الحكم الجنائى ، وذلك لأن السبب الأجنبى سبب قانونى عـام للإعفاء من المسئولية جنائية كانت أو مدنية ، وسواء تأسست علـى خطأ شخصى واجب الإثبات أو على خطأ مفتـرض فـى جانـب المسئول ، وعلى ذلك فإنه – درءاً لاحتمال حصول تعارض بـين

الحكمين الجنائى والمدنى – يتعين وقف السير فى الدعاوى المدنية لحين صدور حكم بات فى الدعوى الجنائية التزاما بمبدأ تقيد القاضى المدنى بما فصل فيه الحكم الجنائى وكان فصله فيه ضرورياً " .

(طعن رقم ٣٤١٠ لسنة ٦٩ ق جلسة ٢٠٠٠/٦/٢٧)

٣- " وحيث إن هذا النعى سديد ، ذلك أن مسئولية حارس الشئ المقررة بالمادة ١٧٨ من القانون المدنى تقوم على أساس خطأ مفترض وقوعه منه افتراضا لا يقبل إثبات العكس وترتفع عنه- وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة- إذا أثبت أن وقوع الضرر كان بسبب أجنبى لا يد له فيه وهذا السبب لايكون إلا قوة قاهرة أو خطأ المضرور أو خطأ الغير ، كما أنه من المقرر أن مفاد نص المادتين ٤٥٦ من قانون الإجراءات الجنائية ، ١٠٢ من قانون الإثبات رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ أن الحكم الصادر فى المواد الجنائية تكون له حجية قبل الكافة أمام المحكمة المدنية كلما كان قد فصل فصلا لازماً فى وقوع الفعل المكون للأساس المشترك بين الدعويين المدنية والجنائية وفى الوصف القانونى لهذا الفعل ونسبته إلى فاعله ، فإذا فصلت المحكمة الجنائية فى هذه الأمور فإنه يمتنع على المحكمة المدنية أن تعيد بحثاً ويتعين عليها أن تتقيد بها وتلتزمها فى

بحث الحقوق المدنية المتصلة بها كى لا يكون حكمها مخالفاً للحكم الجنائى السابق صدوره ، وكان الثابت من الحكم الصادر فى الجنحة رقم .... لسنة .... حلوان أن المحكمة أسست قضاءها ببراءة قائد السيارة من تهمة قتل مورث المطعون ضدهم خطأ على ثبوت السبب الأجنبى متمثلاً فى خطأه إذ عبر من الطريق فجأة فاصطدم بالسيارة مما أدى إلى وقوع الحادث لازماً لقضائه بالبراءة فتكون له قوة الشئ المحكوم فيه أمام المحكمة المدنية تتقيد بها عند بحث طلب التعويض استنادا لقواعد المسئولية الشيئية باعتبار أن القضاء ببراءة قائد السيارة المؤمن عليها لدى الطاعنة لقيام سبب أجنبى هو خطأ المجنى عليه كما يقطع علاقة السببية بين فعله والنتيجة الضارة فإنه يؤدى إلى انتفاء قرينة الخطأ المفترض فى جانب حارس الشئ لأن السبب الأجنبى سبب قانونى عام للإعفاء من المسئولية جنائية كانت أو مدنية وسواء تأسست على خطأ شخص واجب الإثبات أو على خطأ مفترض فى جانب المسئول وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون لمخالفته حجية الحكم الجنائى السابق بما يوجب نقضه لهذا السبب دون حاجة لبحث باقى أسباب الطعن ".

(طعن رقم ٣٦٠٤ لسنة ٦٩ ق جلسة ٢٠٠٠/١١/١٤)

١١٥- القضاء ببراءة المتهم لعدم ثبوت الخطأ لايحول دون الرجوع على أساس المسئولية عن حراسة الأشياء :

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" إذا كان الثابت من الحكم الصادر فى قضية الجنحة رقم ١٢١١ لسنة ١٩٨٣ عسكرية شرطة أن الدعوى أقيمت ضد تابع الطاعن بصفته لأنه تسبب برعونته أثناء قيادته سيارة الشرطة فى إصابة المطعون ضدها بالإصابة الموصوفة بالتقرير الطبى وطلبت النيابة العسكرية معاقبته بالمادة ١/٢٤٤ من قانون العقوبات وقد حكمت المحكمة العسكرية ببراءته مما أسند إليه ، فإن مؤدى ذلك أن المحكمة لم تفصل فى الأساس المشترك بين الدعوى الجنائية والدعوى المدنية الحالية لأن قوام الأولى خطأ جنائى واجب الإثبات ومنسوب إلى التابع فى حين أن قوام الثانية خطأ مفترض فى حق الطاعن بصفته باعتباره حارسا للسيارة ، فمسئوليته تتحقق ولو لم يقع منه أى خطأ لأنها مسئولية ناشئة عن الشئ ذاته وليست ناشئة عن خطأ شخصى" .

(طعن رقم ١٣٥٥ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٩٠/٢/٢١)

١١٦- عدم انطباق حكم المسئولية الوارد بالمادة على المسئولية الذاتية لرب العمل :

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- " لما كان المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن الخطأ المعنى فى الفقرة الثانية من المادة٦٨ من قانون التأمين الاجتماعى الصادر

بالقانون رقم ٧٩ لسنة ١٩٧٥ الذى يجيز للمصاب بإصابة عمل أو للمستحقين عنه التمسك قبل صاحب العمل بأحكام أى قانون آخر إذا نشأت الإصابة عنه ، هو خطأ صاحب العمل الشخصى الذى يرتب مسئوليته الذاتية وهو خطأ واجب الإثبات ومن ثم فلا تنطبق فى شأنه أحكام المسئولية المفترضة الواردة فى المادة ١٧٨ من التقنين المدنى وتلك الواردة فى المادة ٧٧ من قانون التجارة البحرى ، وإذ أسس الحكم المطعون فيه مسئولية الطاعنة عن الضرر وإلزامها بالتعويض لثبوت الضرر دون إثبات للخطأ فى حقها فإنه يكون معيبا بالقصور فضلا عن خطئه فى تطبيق القانون ".

(طعن رقم ١٢٠١ لسنة ٥٧ ق جلسة ١٩٨٨/١١/٢١)

٢-" وحيث إن هذا النعى محله ، ذلك أنه لما كانت الفقرة الثانية من المادة الثالثة من قانون التأمين الاجتماعى الصادر بالقانون رقم ٧٩ لسنة ١٩٧٥ – المنطبق على واقعة الدعوى- تقضى بسريان أحكام تأمين إصابات العمل على المتدربين والتلاميذ الصناعيين وكان مفاد نص الفقرة الثانية من المادة ٦٨ من القانون السالف- وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة- أن مناط رجوع العامل المضرور بالتعويض على صاحب العمل أن يثبت أن إصابة العمل قد نشأت عن خطأ شخصى من جانب صاحب العمل يرتب مسئوليته الذاتية عن هذا التعويض ، وهو مالا محل معه لتطبيق

أحكام المسئولية المفترضة الواردة بنص المادة ١٧٨ من القانون المدنى. لما كان ذلك وكان الحكم المطعون منه قد خالف هذا النظر وأقام قضاءه بالتعويض على افتراض الخطأ من جانب الطاعنة عنه بالتطبيق لأحكام المسئولية الشيئية المنصوص عليها فى المادة ١٧٨ من القانون المدنى مع أن الخطأ فى حقها واجب الإثبات فإنه يكون قد خالف القانون ".

(طعن رقم ٥١٩٦ لسنة ٦٢ ق جلسة ١٩٩٣/٥/٢٠)

٣- " مفاد نص الفقرة الثانية من المادة ٦٨ من قانون التأمين الاجتماعى الصادر بالقانون رقم ٧٩ لسنة ١٩٧٥- وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – أن مناط رجوع العامل المضرور بالتعويض على صاحب العمل أن يثبت أن إصابة العمل قد نشأت عن خطأ شخصى من جانب صاحب العمل يرتب مسئوليته الذاتية عن هذا التعويض ، وهو لا محل معه لتطبيق أحكام المسئولية المفترضة الواردة بنص المادة ١٧٤ من القانون المدنى. لما كان ذلك، وكانت إصابة المطعون ضده قد لحقت به أثناء عمله لدى الشركة الطاعنة، وكان الحكم المطعون فيه لم يستظهر قيام خطأ شخصى وقع منها أدى إلى إصابة المطعون ضده ، وأقام قضاءه على قيام مسئولية المتبوع عن تعويض تابعه عن الضرر الذى أصابه أثناء عمله وتحجب بذلك عن إعمال المادة ٦٨ من قانون التأمين

الاجتماعى فيما تضمنته من أحكام خاصة بشأن خطأ صاحب العمل الواجب الإثبات فإنه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون " .

(طعن رقم ٢١٤٧ لسنة ٦٦ ق جلسة ١٩٩٩/٦/٨)

١١٧ـ المسئولية التى تقوم على تحمل التبعة :

نكرنا سلفا أنه لا سبيل أمام الحارس ليدفع عن نفسه المسئولية عن الأشياء إلا بنفى علاقة السببية بين فعل الشئ والضرر الذى وقع منه ، بإقامة الدليل على أن وقوع الضرر كان بسبب أجنبى لايد له فيه .

غير أن القانون قد قيد من ذلك فى المسئولية التى أقامها على فكرة تحمل التبعة بدلالة قول المادة (١٧٨) " ... هذا مع عدم الإخلال بما يرد فى ذلك من أحكام خاصة " .

ومن أمثلة القوانين التى أخذ بها الشارع بفكرة تحمل التبعة القانون رقم ٧٩ لسنة ١٩٧٥ بإصدار قانون التأمين الاجتماعى فيما يتعلق بتعويض إصابات العمل والقانون رقم ٨٨ لسنة ١٩٤٢ بشأن التعويض عن "[illegible] الذى يصيب المبانى والمصانع والمعامل والآلات الثابتة بسبب الحرب .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

(أ)– " إن القانون المصرى لم يرد فيه ما يجعل الشخص مسئولا عن المخاطر التى لا يلابسها شئ من التقصير ، كأصل عام ،

بل لم يأخذ بهذا النوع من المسئولية إلا فى حالات متفرقة بمقتضى تشريعات خاصة " .

(ب)- " إن استناد الطاعن إلى نظرية تحمل تبعة المخاطر دون أن ينسب إلى المطعون ضده ثمة خطأ أو يبين سنده من نصوص القانون فى مطالبته بالتعويض عما لحقه من ضرر بسبب العدوان الإسرائيلى على مدينة القدس التى كان يعمل بها يكون ظاهر الفساد ومن ثم تكون دعواه قائمة على غير أساس " .

(طعن رقم ٨٢٨ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٩٢/٦/١٨)

مادة (١٧٩)

كل شخص ، ولو غير مميز ، يثرى دون سبب مشروع على حساب شخص آخر يلتزم فى حدود ما أثرى به بتعويض هذا الشخص عما لحقه من خسارة ، ويبقى هذا الالتزام قائما ولو زال الإثراء فيما بعد .

الشرح

الإثراء بلا سبب

١١٨ـ المقصود بالإثراء بلا سبب وأساسه :

يقصد بمبدأ الإثراء بلا سبب ، أنه إذا أثرى شخص نتيجة افتقار آخر ، بغير وجود مبرر قانونى لهذا الإثراء ، أن يلتزم بأن يدفع تعويضا يساوى أقل القيمتين : قيمة الإثراء وقيمة الافتقار .

وهكذا يعتبر الإثراء بلا سبب مصدرا للالتزام كمصادره الأخرى : التزام من أثرى بتعويض من افتقر نتيجة لاثرائه[١] .

---

(١) لم يرد بالتقنين المدنى القديم نص يقرر فيه الإثراء مبدأ عاما ، وإن جاء به نص غامض هو المادة ٢٠٥/١٤٤ يجرى إلى أن : " من فعل بالقصد شيئا تترتب عليه منفعة لشخص آخر ، فيستحق على ذلك الشخص مقدار المصاريف التى صرفها والخسارات التى خسرها ، بشرط ألا تتجاوز تلك المصاريف والخسارات قيمة ما آل إلى ذلك الشخص من المنفعة " . وذلك إلى جانب نصوص أخرى فى دفع غير المستحق والبناء والغراس إلخ . تتضمن من القاعدة حكمها فحسب ، وهو أن يكون التعويض فى

ويتأسس هذا المبدأ مباشرة ، على فكرة العدل ، التى تتنافى مع احتفاظ المثرى بما أثرى به على حساب المفتقر نتيجة لإثرائه [١].

والإثراء واقعة تقوم على انتقال قيمة مالية من ذمة إلى أخــرى دون أن يكون لهذه الانتقال سبب قانونى يرتكز عليه كمصدر لـــه . وفى هذا أيضا يكون واقعة تختلف عن واقعة العقد وعــن واقعـــة العمل غير المشروع .

ومن ثم فهو مصدر للالتزام مستقل قائم بذاته ، لايســتند إلـــى مصدر آخر ولا يتفرع عنه .

حدود أدنى القيمتين ، قيمة الإثراء أو الافتقار ، لكن لم يلبث الرأى أن انتهى إلى أن النص المشار إليه إنما قصدت به الفضالة ، وهو إذا كـــان قد أشار فى صدره إليها وفى عجزه عن حكم الإثراء فقد كان ذلك صدى لما كان سائدا – فى الوقت الذى وضعت فيه القوانين المصـــرية– مـــن خلط بين الفضالة والإثراء . وحيث كانت قاعدة الإثراء تلحق بالفضالة . أما قاعدة الإثراء فقد ردت إلى العدالة يؤيدها عرف مستقر ، بل غـــدت هى الأصل الذى تتفرع عنه الفضالة وغيرها من التطبيقات ، ما نـــص عليه القانون منها وما لم ينص .

هذا إلى أن الرأى السائد كان يستبقى الصفة الاحتياطية لدعوى الإثراء، كما استلزم قيام الإثراء إلى وقت رفع الدعوى بحيث إن هو زال قبـــل ذلك لم يكن للمدعى حـــق فى تعـــويض ما (أحمد حشمت أبو ســـتيت ص ٥٢٠) .

(١) أحمد حشمت أبو ستيت ص ٥٢٢ ومابعدها – محمود جمال الدين زكى ص ٣٢٠ .

وسنرى ، أن هناك تطبقين هامين لقاعدة الإثراء بلا سبب هما: دفع غير المستحق والفضالة .

١١٩ـ أركان الإثراء بلا سبب :

للإثراء بلا سبب أركان أربعة هى :

١-إثراء المدين (المدعى عليه) . ٢- افتقار الدائن (المدعى).

٣- صلة السببية بين الإثراء والافتقار .

٤- انعدام السبب القانونى للإثراء [١].

---

(١) **جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :**

" ١- عمد المشروع إلى إيراد صيغة عامة فى النص على مبدأ الإثراء بلا سبب مقتفيا فى ذلك أثر التقنينات الحديثة (المادة ٨١٢ من التقنين الألمانى ، والمادة ٦٢ من التقنين السويسرى والمادة ١٢٣ من التقنين البولونى والمادة ١٤٠ من التقنين اللبنانى ، والمادة ٧٣ من المشروع الفرنسى الإيطالى) . ويتضح من هذه الصيغة أن الإثراء بلا سبب لايتحقق إلا بتوافر شروط ثلاثة : أولها إثراء المدين أو اغتناؤه ولايكون ذلك إلا بدخول قيمة ما يثرى به فى ذمته المالية ، ولايشترط فى المثرى توافر أهلية ما ، فيجوز أن يلتزم غير المميز بمقتضى الإثراء ، والثانى أن يقابل هذا الإثراء افتقار الدائن بسبب انتقال عين أو قيمة أداها (قارن المادة ١٤٠ من التقنين اللبنانى وهى تضيف إلى ذلك "أو بسبب خدمة أداها" والإثراء فى أحكام هذا التقنين قد يكون مباشراً أو غير مباشر ماليا أو معنويا ، والثالث فى أحكام هذا التقنين قد يكون مباشرا أو غير مباشر ماليا أو معنويا ، والثالث ألا يكون للإثراء الحادث أو الافتقار المترتب عليه سبب قانونى يبررهما ، فلا يجوز

ونعرض لهذه الأركان تفصيلا فيما يلى :

الركن الأول :

إثراء المدين (المدعى عليه) :

يجب أن يتحقق الإثراء فى جانب المدين . والمقصود بالإثراء كل فائدة مادية أو أدبية يحصل عليها المدين . ونعرض لتفصيل هذا الركن فيما يلى .

١٢٠ـ الإثراء الإيجابى والإثراء السلبى :

الأصل فى الإثراء أن يكون إيجابيا ، وذلك بأن تضاف قيمة مالية إلى ذمة المدين . ويتم هذا بأن يكسب المدين حقا عينيا أو شخصيا ، كأن يحصل شخص على مياه أو كهرباء بواسطة مواسير أو أسلاك خفية ، أو يقوم الراسى عليه المزاد بتحسينات فى العين التى رسا مزادها ثم تنزع من يده . كما يتم أيضا من طريق منفعة يجنيها المدين أو عمل يستثمره ، كما لو انتفع شخص بمنزل للسكنى دون عقد إيجار ، أو انتفع بتصميم قام به مهندس دون عقد، وكما فى حالة سمسار يجمع بين البائع والمشترى ولاتتم الصفقة

للواهب مثلا أن يرجع على الموهوب له بدعوى الإثراء بلا سبب، لأن بين العاقدين تصرفا قانونيا ، هو عقد التبرع يبرر افتقار أحدهما وإثراء الآخر " .

(مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٢ ص ٤٤١) .

على يديه . وقد يكون الإثراء سلبيا ، وذلك إما عن طريق النقص في ديون المدين ، كأن يقوم مستأجر بترميمات واجبة على المؤجر، أو عن طريق تجنب المدين خسارة كان لابد من وقوعها ، كأن يتلف شخص متاعا له كي يطفئ حريقا في منزل جاره [١].

١٢١ـ الإثراء المادى والإثراء المعنوى :

قد يكون الإثراء – كما هو فى الغالب – ماديا .

وقد يكون الإثراء معنويا ، مادام من الممكن تقديره بمال سواء فى ذاته أو من ناحية ما يقابله من افتقار ، وسواء فى ذلك أن يكون الإثراء المعنوى إثراء عقليا كمدرس يعلم تلميذا أو إثراء أدبيا كمحام يحصل على حكم ببراءة متهم أو إثراء صحيا كطبيب يشفى مريضا .

١٢٢ـ الإثراء المباشر والإثراء غير المباشر :

الإثراء المباشر هو الذى ينتقل إلى المثرى دون وسيط أى دون تدخل أجنبى ، سواء كان ذلك بفعل المثرى ، كما إذا سكن منزل المفتقر دون عقد أو استفاد من مبلغ له .

أو بفعل المفتقر ، كما إذا أوفى بدين على المثرى أو قام بإصلاحات لا تجب عليه فى العين المؤجرة .

---

(١) السنهورى ص ٩٥٠ ومابعدها – عبد المنعم الصده ص ٥٨٧ .

وقد يكون **الإثراء غير مباشـر** ، وذلك عندما يقع الإثراء نتيجة تدخل وسيط أى أجنبى ينقله من ذمة المفتقر إلى ذمة المثرى .

وقد يقع تدخل الوسيط عن طريق عمل مادى ، كأن يبنى مقاول منزلا بأدوات مملوكة لشخص آخر .

وقد يكون تدخل الوسيط عن طريق تصـرف قـانونى ، كـأن يشترى شخص سيارة ثم يسلمها لميكانيكى لإصلاحها وبعـد ذلـك يفسخ عقد البيع ، إذ يكون للميكانيكى وهو المفتقر أن يرجع بنفقات الإصلاح على البائع وهو المثرى . وغنى عن البيان أنه فى هـذا المثل يستطيع الميكانيكى أن يرجع على المشترى الذى تعاقد معـه على إصلاح السيارة بدعوى العقد الذى تم بينهما .

ومن أمثلة الحالات التى عرضت على محكمة النقض وقالـت فيها بتوافر الإثراء ما يأتى :

١ـ رد المستحق فى الوقف ما تسلمه زيادة على استحقاقه : وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" التزام المستحق فى الوقف برد ما تسلمه زيادة على استحقاقه يقوم على حكم المادة ١٤٥ من القانون المدنى ، فالحكم الذى يلزمه بالرد منعاً من إثرائه على حساب الغير لا مخالفة فيه للقـانون ولا محل للاحتجاج بالمـادة ١٤٧ مـدنى إذ أنهـا وردت فـى شـأن الالتزامات الطبيعية وامتناع الرد فيما يوفى منها " .

(طعن رقم ٩٦ لسنة ١٥ ق جلسة ١٩٤٦/٦/١٣)

٢ـ رد رسوم التسجيل :

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" المادة السادسة من القانون رقم ٩٢ لسنة ١٩٤٤ بشأن رسوم التسجيل ورسوم الحفظ التى تنص على انه " لايترتب على بطلان الإشهادات أو العقود أو التصرفات أيا كان نوعها رد شئ من رسوم التسجيل أو الحفظ أو غيرها المتعلقة بها بأى حال من الأحوال" والمادة ٦٦ من القانون رقم ٩٠ لسنة ١٩٤٤ بشأن الرسوم القضائية ورسوم التوثيق فى المواد المدنية التى أحالت إليها المادة التاسعة من القانون رقم ٩٢ لسنة ١٩٤٤ والتى تنص على أنه " لايرد أى رسم حصل بالتطبيق لأحكام هذا القانون إلا فى الأحوال المنصوص عليها صراحة فيه"- لاتعنى الحالة التى لايتم فيها إجراء الشهر لمانع قانونى يستحيل معه على المصلحة إجراؤه . وفى هذه الحالة يتعين تطبيق أحكام القانون المدنى وهى تقضى برد هذه الرسوم إعمالا لقاعدة الإثراء بلا سبب . فإذا كان القانون رقم ٣٧ لسنة ١٩٥١ الخاص بمنع تملك الأجانب الأراضى الزراعية قد عمل به اعتبارا من ١٧ من مارس سنة ١٩٥١ بعد أداء رسوم الشهر فاستحال معه شهر عقد هبة تم توثيقه فى ٤ مارس سنة ١٩٥٤ فإن الحكم المطعون فيه إذا خلص فى نتيجته إلى أحقية المطعون عليهما الأولبين فى استرداد رسوم الشهر لايكون مخالفا للقانون " .

(طعن رقم ٤٥٦ لسنة ٢٥ ق جلسة ١٩٦٠/١٢/٢٢)

٣ـ مطالبة العامل بمقابل الاختراع :

وفى هذا قضت محكمة النقض بـأن :

" مناط استحقاق المقابل الخاص المنصوص عليه فـى الفقـرة الثالثةمن المادة ٦٨٨ من القانون المدنى أن يوفق العامل إلى اختراع ذى أهمية اقتصادية ، كما أن الأصل فى هذا الصدد أنـه لايجـوز للعامل فى غير هذه الحالة الرجوع على رب العمل بدعوى الإثراء بلا سبب لوجود رابطة عقدية بينهما تمنع من تطبيق هذه القاعدة ".

(طعن رقم ٤٤٥ لسنة ٣٦ ق جلسة ١٩٧٢/١٢/١٦)

٤ـ مطالبة المقاول بقيمة مبـان :

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

"إذا كان الثابت أن الطاعن – المقاول – أقام دعـواه بطلـب الحكم بإلزام المطعون عليه بقيمة المبانى موضوع النـزاع علـى أساس أنه أقام هذه المبانى لصالح المطعـون عليـه علـى أرض مملوكة للأخير دون أن توجد بينهما رابطة عقدية ، وهو ما يخولـه إثبات هذه الواقعة المادية بكافة الطرق حتى لايثرى المطعون عليه على حسابه بلا سبب فإن مفاد ذلك أن الطاعن لايستند إلـى عقـد مقاولة كسبب لدعواه بل يستند فى ذلك أصلا إلى أحكام الإثراء بلا سبب ".

(طعن رقم ٢٩ لسنة ٤١ ق جلسة ١٩٧٦/٣/١٦)

٥ـ رجوع المقاول بقيمة ما استخدمه من أعمال بعد فسخ العقد :

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" الحكم بفسخ عقد المقاولة ينبنى عليه انحلاله واعتباره كأن لم يكن ، ولا يكون رجوع المقاول- الذى أخل بالتزامه - بقيمة ما استخدمه من أعمال إلا استنادا إلى مبدأ الاثراء بلا سبب لا إلى العقد الذى فسخ وأصبح لايصلح أساسا لتقدير هذه القيمة ".

(طعن رقم ٥٨٣ لسنة ٣٥ ق جلسة ١٩٧٠/٣/١٧)

٦ـ المطالبة بقيمة ثمار :

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" إذ كان مؤدى ما أورده الحكم المطعون فيه هو إثراء فى جانب الطاعنين يتمثل فيما حصلوا عليه من قيمة الثمار التى لم تكن مملوكة لهم وافتقار فى ذمة المطعون عليهم عدا الأخيرة متمثلا فى قيمة الثمار المملوكة لهم بموجب ذلك العقد (عقد الإيجار) والتى استولى عليها أفراد القوات المسلحة بعملهم غير المشروع مما يتوافر فيه عناصر الإثراء بلا سبب " .

(طعن رقم ٤٣٦ لسنة ٤٨ ق جلسة ١٩٨١/١٢/٨)

٧ـ الرجوع على القاصر :

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" نيابة الولى عن القاصر هى نيابة قانونية ، ويتعين عليه حتى ينصرف أثر العمل الذى يقوم به إلى القاصر أن يكون هذا العمل فى حدود نيابته أما إذا جاوز الولى هذه الحدود فإنه يفقد صفة النيابة ولاينتج العمل الذى قام به أثره بالنسبة إلى القاصر ولايجوز الرجوع على هذا الأخير إلا بقدر المنفعة التى عادت عليه بسببها ".

(طعن رقم ٥٠٨ لسنة ٤٢ ق جلسة ١٩٧٧/١/٣١)

ومن أمثلة الحالات التى قضت فيها محكمة النقض بعدم وجود إثراء ما يأتى :

١ـ بناء وزارة الأوقاف مسجدا مما حصلته من ريع :

فقد قضت محكمة النقض بأن :

" إذا كان الحكم قد رد على ادعاء الطاعنة المؤسس على أن عدم تحمل وزارة الأوقاف والتركة بالتضامن بينهما بما صرفته فى تشييد المسجد نفاذا لوصية المورث ، من شأنه أن يترتب عليه إثراء كل منهما على حسابها فرفض الحكم دعواها بالنسبة إلى وزارة الأوقاف استنادا إلى أن بناء المسجد لم يكن من مال الطاعنة بل كان مما حصلته من ريع أعيان التركة وأن الإثراء لا وجود له إذ لا يمكن اعتبار المسجد ثروة عادت على الوقف إذ هو بناء خارج

عن دائرة التعامل ، ففى هذا الذى أورده الحكم خاصا بوزارة الأوقاف ما يصلح ردا بالنسبة للتركة . ومن ثم يكون النعى عليه بالبطلان لقصوره فى هذا الخصوص لا مبرر له " .

(طعن رقم ١٥٠ لسنة ١٨ ق جلسة ١٩٥٠/١١/١٦)

٢- اتفاق منتفع مع شركة الكهرباء :

فقد قضت محكمة النقض بأن :

" متى تبين أن الاتفاق المعقود بين المنتفع والشركة التى كان ممنوحا لها التزام الكهرباء بالقاهرة مقتضاه أن يساهم المنتفع فى تكاليف تركيب الوصلة الكهربائية إلى مصنعه بمبلغ معين وقد التزمت الشركة المستغلة بإجراء رد عائد مقدر على ما يستهلكه المنتفع سنويا وأن هذا الرد يظل مادامت هذه الشركة قائمة بتوريد التيار الكهربائى وعلى ألا يتجاوز مجموع العائد المرتد قيمة ما ساهم به المنتفع فى تكاليف تركيب الوصلة الكهربائية ، فإن مفاد ذلك أن ماتعهدت الشركة المستغلة برده مما ساهم به المنتفع فى التكاليف لا يمكن أن يتجاوز مجموع العائد المرتد طول مدة قيام الشركة المستغلة أو ما ساهم به المنتفع أيهما أقل ويعتبر كل مادفع استنادا إلى هذا العقد مدفوعا بسبب صحيح ولايعتبر إثراء بلا سبب قانونى لأن العقد قانون المتعاقدين وواجب الاحترام بينهما " .

(طعن رقم ١٤٨ لسنة ٢٣ ق جلسة ١٩٥٧/٥/٣٠)

٣ـ التزام وزارة التموين بتسليم قمح لأصحاب المطاحن ونقله على نفقتها :

فقد قضت محكمة النقض بأن :

" متى كانت وزارة التموين ملتزمة أصلا بتسليم القمح لأصحاب المطاحن من الشون المحلية لأن سعر القمح حدد على هذا الأساس وأنها فى سبيل عدم المساس بهذا السعر كانت تصرف لهم فى حال استلامهم القمح من شون بعيدة ما يزيد من أجرة النقل على مبلغ الأربعين مليما المحددة فى تكاليف إنتاج الدقيق نظير نقل القمح من تلك الشون المحلية إلى المطحن ، ومتى كانت الوزارة هى الملتزمة أصلا بنقل القمح إلى الشون المحلية فإنه لايقبل منها القول بأن صاحب المطحن قد أثرى من هذا العمل على حسابها بغير سبب مشروع ".

(طعن رقم ٢٦٠ لسنة ٣٣ ق جلسة ١٩٦٨/٢/٨)

٤ـ إحلال العامل بالقطاع العام بالتزامه بالعمل :

فقد قضت محكمة النقض بأن :

" لا يلزم العامل بالتعويض– وفقا للمادة ١٤ من نظام العاملين بالقطاع العام الصادر به القرار الجمهورى رقم ٣٣٠٩ لسنة ١٩٦٦ إلا إذا أخل بالتزامه بالعمل لدى الشركة المدة التى تحددها بعد انتهاء تدريبة ، كما أن الاستناد إلى قاعدة الإثراء بلا سبب يتطلب

إثبات ما عاد من منفعة على المطعون ضده بسبب تدريبه ، وكلا الأمرين خروج على واقع الدعوى الذى كان معروضا على محكمة الموضوع بواقع جديد فلا يجوز إثارته لأول مرة أمام محكمة النقض " .

(طعن رقم ٢٦٠ لسنة ٤٣ ق جلسة ١٩٨٠/٣/٤)

١٢٣ـ الركن الثانى :

افتقار الدائن (المدعى) :

افتقار الدائن (المدعى) هو الوجه المقابل لإثراء المدين (المدعى عليه) .

ويقصد بالافتقار خسارة يتكبدها الدائن أو منفعة تفوته .

وقد تكون الخسارة مالا ينفقه ، كما إذا أقام الدائن بناء على أرض يملكها المدين ، أو قام بإصلاحات فى منزل لهذا الأخير .

وقد يكون الافتقار منفعة كأن يؤدى الدائن عملا يفيد منه المدين، كعلاج طبى أو رسم هندسى . فتفوت الدائن منفعة هى الأجر الذى يستحقه عن العمل الذى قام به[١] .

والافتقار كالإثراء ، فهو يكون إيجابيا أو سلبيا ، ويكون ماديا أو معنويا ، ويكون مباشرا أو غير مباشر .

---

(١) محمود جمال الدين زكى ص ٣٢٢ .

وعلى ذلك إذا حصل إثراء فى جانب شخص ، ولم يقابله افتقار فى جانب شخص آخر ، فلا يجوز له الرجوع على أساس الإثــراء بلا سبب .

ومثل ذلك أن يقيم مالك فى أرضه ســدا يحفظهــا مــن ميــاه الفيضان فاستفاد جار له من عمله ، أو كما إذا أنشأ فى داره حديقة فاستفاد منها منزل جاره ، أو إذا مدت شركة للترام خطا فى جهــة فارتفعت قيمة الأراضى فى تلك الجهة . فلا يحق فى مثــل هــذه الفروض لمن قام بشئ مما ذكر أن يرجع على من أفاد من عمله ، ذلك لأنه قد استفاد مما قام به لمصلحته الشخصية ، ومن ثم فهو لم يفتقر [١].

ولا أهمية هنا لما إذا كان المفتقر حسن النية أو ســيئها ، ذلــك لأن ما يستحقه المفتقر من تعويض إنما يستحقه لمجــرد أن آخــر أثرى على حسابه بغير حق . لأن الإثراء واقعة قانونية .

غير أنه لسوء النية وبنص القانون أثره من حيث مدى التعويض كما هو الشأن فى البانى سئ النية وكما فى دفع غير المستحق .

---

(١) عبد السلاح ذهنى ص ٦٥٥- السنهورى ص ٩٥٦ ومابعدها - أحمــد حشمت أبو ستيت ص ٥٢٦ .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- مناط تطبيق نص المادة ١٦١ من القانون المدنى القديم هو أن يكون الموفى قد قام بوفاء الدين من ماله الخاص ".

(طعن رقم ٢٢٨ لسنة ٢١ ق جلسة ١٩٥٤/١٠/٢٨)

٢- " شرط افتقار المدعى هو شرط جوهرى لدعوى الرجــوع استنادا إلى قاعدة الإثراء بلا سبب " .

(طعن رقم ٣١٣ لسنة ٢٢ ق جلسة ١٩٥٦/٦/٧)

٣- " إذا كان مؤدى ما أورده الحكم المطعون فيه هو إثراء فى جانب الطاعنين يتمثل فيما حصلوا عليه من قيمة الثمار التى لم تكن مملوكة لهم وافتقار فى ذمة المطعون عليهم عدا الأخيرة متمثلا فى قيمة الثمار المملوكة لهم بموجب ذلك العقد (عقد الإيجــار) والتــى استولى عليها أفراد القوات المسلحة بعملهم غيــر المشــروع ممــا يتوافر فيه عناصر الإثراء بلا سبب " .

(طعن رقم ٤٣٦ لسنة ٤٨ ق جلسة ١٩٨١/١٢/٨)

٤- " يعتبر باطلا كل شرط أو اتفــاق يقضـــى بنقــل عــبء الضريبة " على التصرفات العقارية " إلى المتصرف إليــه ، أى أن المتصرف هو الدى يتحمــل عــبء الضــريبة ، ويؤديهــا عنــه المتصرف إليه ، الذى يكون له الرجوع بما أداه علــى المتصــرف المدين بدين الضريبة ، بدعوى الإثراء بلا سبب ، ويبطل كل شرط أو اتفاق على خلاف ذلك " .

(طعن رقم ٢٤٠٤ لسنة ٦٣ ق جلسة ٢٠٠١/١/٣١)

١٢٤ـ الركن الثالث :

صلة السببية بين الإثراء والافتقار :

لايكفى أن يقوم إثراء فى جانب وافتقار فى جانب آخر ، بل يجب أن يجمع بين الافتقار والإثراء علاقة سببية ، على معنى أنه لولا افتقار المدعى ما كان ليتحقق إثراء المدعى عليه ، ويستوى بعد ذلك أن يكون الإثراء بفعل المفتقر أو بفعل المثرى نفسه .

وإذا كان الرأى منعقدا على ضرورة توافر علاقة السببية بين الافتقار والإثراء ، فأن القول بقيامها من عدمه لا يخلو من دقة ، وخاصة عندما يكون الإثراء غير مباشر . وقد حاول البعض أن يضع الضوابط لحل هذه الصعوبة ولكنها محاولات غير ناجحة ، ومن ثم يجب تركها لتقدير القاضى ، وفى حالة تعدد الأسباب فإنه يمكن الاستعانة بفكرة السبب المنتج الذى رأيناه فى المسئولية التقصيرية ، فإذا ثبت أن الافتقار كان هو السبب المنتج للإثراء انطبقت القاعدة .

وتطبيقا لما تقدم ، لا تقوم علاقة السببية بين اتساع رقعة المدينة وارتفاع قيمة مبانيها ، كما لاتقوم فى حالة ما إذا أقرض مصرف مبلغا لشركة ، وهذه أقرضت بدورها المبلغ لأحد الأشخاص ، لعدم إمكان الجزم بقيام السببية ضرورة بين افتقار المصرف وإثراء الغير .

لكن توسيع شارع قديم أو إنشاء شارع جديد يعتبر سببا فى علو قيمة الأراضى التى على جانبيه[١] .

وهناك رأى يشترط للرجوع بدعوى الإثراء ألا يكون الافتقار راجعا إلى خطأ من المفتقر [٢].

والواقع أن هذا الرأى يجافى الأساس الذى تقوم عليه قاعدة الإثراء بلا سبب .

ذلك أن العدالة تقضى بتعويض المفتقر الذى أثرى غيره على حسابه دون سبب مشروع حتى لو كان هذا الافتقار راجعا إلى خطأ

---

(١) محكمة الاستئناف المختلطة فى ٢٣ أبريل ١٩٠٨ – السنهورى ص ٩٥٩ – محمود جمال الدين زكى ص ٣٢٣ – وقد قيل بأن علاقة السببية يمكن أن تتحقق عن طريق القوة القاهرة ، كما إذا حدث زلزال فسد عينا فى أرض وفتحها فى أرض مجاورة ، ويذهب رأى إلى أن هذا قول يصعب قبوله على إطلاقه . فمع التسليم بإمكان قيام علاقة السببية بين الافتقار والإثراء عن طريق القوة القاهرة كما إذا اختلط شيئان لمالكين مختلفين بقوة قاهرة وقضى لأحدهما بامتلاك المال كله ، إلا أنه فى مثل الفرض الأول لا يمكن القول بتوافر السببية على نحو يقينى ، وخاصة أن حق المالك الأول قد زال بالقوة القاهرة وإن أنشأت هى حقا للمالك الآخر ، وهاتان واقعتان تفصل بينهما برهة مهما تكن قصيرة فهى تكفى لانقطاع الصلة بين إثراء الأول وافتقار الثانى ومن ثم لا رجوع للمفتقر على المثرى (أحمد حشمت أبو ستيت ص ٥٢٧ هامش ١) .

(٢) الدكتور عبد السلام ذهنى فى الالتزامات النظرية العامة ص ٦٥٥ .

منه . وإذا كان مصدر حق المفتقر فى التعويض هو إثراء غيره على حسابه دون سبب مشروع ، فإن هذا الأساس يقوم سواء كان المفتقر مخطئا أو غير مخطئ [١].

١٢٥ـ الركن الرابع :
انعدام السبب القانونى للإثراء :

يشترط لتحقق قاعدة الإثراء بلا سبب ، ألا يكون هناك سبب قانونى يبرر إثراء المدين .

والمقصود بالسبب فى نطاق الإثراء ، هو المصدر القانونى الذى يخول المثرى الحق فى الإثراء[٢] .

والسبب بهذا المعنى هو ما يستفاد من عبارات مذكرة المشروع التمهيدى الذى جاء بها :

" ويتضح من هذه الصيغة أن الإثراء بلا سبب لايتحقق إلا بتوافر شروط ثلاثة : .... والثالث ألا يكون للإثراء الحادث أو الافتقار المترتب عليه سبب قانونى يبررهما ، فلا يجوز للواهب مثلا أن يرجع على الموهوب له بدعوى الإثراء بلا سبب ، لأن بين العاقدين تصرفا قانونيا ، هو عقد التبرع يبرر افتقار أحدهما وإثراء الآخر " .

---

(١) السنهورى ص ٩٦٠ الهامش – عبد المنعم الصده ص ٥٨٩ .

(٢) عبد السلاح ذهنى ص ٦٥٦ – السنهورى ص ٩٦٢– أحمد حشمت أبو ستيت ص ٥٢٨ ومابعدها – المستشار أنور طلبه المطول فى شرح القانون المدنى الجزء الرابع الطبعة الأولى ٢٠٠٤ ص ٧٣ .

فإذا كان للمشترى حق - أيا كان هذا الحق- فى أن يحتفظ بما حصل عليه فإن إثراءه يكون مشروعا لوجود سببه .

والسبب على المعنى الذى حددناه والذى يبرر الإثراء إما أن يكون **تصرفا قانونيا** ، أو **يكون حكما من أحكام القانون** . ونعرض لذلك بالتفصيل فيما يلى .

أولاً : سبب الإثراء تصرف قانونى :

إذا كان المثرى قد تحقق له الإثراء بموجب تصرف قانونى ، فإن هذا التصرف يقوم سببا مشروعا يخول المثرى الحق فى الإثراء ويحول دون إمكان مطالبته بالرد .

والغالب أن يكون هذا التصرف عقدا مبرما بين المثرى والمفتقر فإذا أجرى المستأجر تحسينات فى العين المؤجرة ، وكان هناك شرط فى عقد الإيجار يقضى بأن يتملك المؤجر هذه التحسينات عند نهاية الإيجار ، فإنه لا يحق للمستأجر أن يرجع بدعوى الإثراء على المؤجر كى يعوضه عن التحسينات ، لأن عقد الإيجار يعتبر حينئذ سببا قانونيا يخول المؤجر الحق فى هذه التحسينات وإذا أمن شخص على منزله من الحريق ، واحترق المنزل ، فأعادت شركة التأمين بناءه بموجب عقد التأمين ، فإنه لايجوز للشركة أن ترجع بدعوى الإثراء على هذا الشخص للحصول على الفرق بين قيمة المنزل فى حالته الأولى وقيمته بعد أن أعيد بناؤه ، لأن هذا الإثراء سببه عقد التأمين .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " حينما وجد بين المتخاصمين رابطة عقدية فلا قيام لدعوى الإثراء بغير سبب على حساب الغير ، بل تكون أحكام العقد هى مناط تحديد حقوق كل من المتخاصمين وواجباته قبل الآخر .

فإذا كان الثابت بالحكم أن البائع طالب المشترى منه بباقى الثمن المقسط على خمسة أقساط ، ثم عدل طلباته إلى طلب الحكم له بباقى القسطين الأولين ، موصوفا هذا الباقى خطأ بأنه باقى الثمن، وقضى له بذلك ، ثم أراد أن يطالب بالأقساط الثلاثة الباقية، ولتصور أنه قد سد فى وجهه طلبها باعتبارها باقية من ثمن المبيع، أقام دعواه بالمطالبة بها على نظرية الإثراء بغير سبب على حساب الغير ، ومحكمة الموضوع حكمت ، بعد استعراض وقائع الدعوى، بأنه لا محل للاستناد إلىهذه النظرية ، وبأن حق البائع فى المطالبة بالأقساط الباقية القائم على أساس الشراءلايزال بابه مفتوحا أمامه ، فإنه قضاءها بذلك سليم لا مطعن عليه " .

(طعن رقم ٥٢ لسنة ٢ ق جلسة ١٩٣٢/١٢/٢٢)

٢- " متى كان هناك عقد يحكم علاقات الطرفين فلا محل لتطبيق قاعدة الإثراء على حساب الغير ، فإن هذه القاعدة هى مصدر لا تعاقدى للالتزام فلا يكون لها محل حيث يوجد التعاقد. فإذا كان المستأجر قد التزم فى عقد الإيجار بأجرة رى الأرض ، وتعهد بأن يدفع الأموال الأميرية على أن تخصم له من أجرة الأطيان، ثم دفع للصراف على ذمة الأموال مبالغ تزيد على قيمة

المستحق منها على الأطيان المؤجرة ، فخصمت لــه الحكومــة الزيادة من أجرة الرى الملتزم هو بها ، ثم خصمتها المحكمة مــن أجرة الأطيان على أساس أن دفعها إنما كان على ذمة الأمــوال ، وحفظت للمؤجر أن يرجع بها على المستأجر بدعوى الإثراء على حساب الغير ، فإنها تكون قد أخطأت " .

(طعن رقم ١١٥ لسنة ١٣ ق جلسة ١٩٤٤/١١/١٦)

٣- " إنفاق المستأجر مصروفات على إصلاح البــور وإحيــاء الموات بالعين المؤجرة له ، وهى من المصروفات النافعة- التى لم يثبت حصول الاتفاق عليها وليست من المصــروفات الضــرورية لحفظ العين من الهلاك ، فلا محل معه للرجوع بهذه المصــروفات استنادا إلى قاعدة الإثراء بلا سبب مادام هناك عقد يحكــم علاقــة الطرفين ، إذ أن للإثراء والافتقار سببا مشروعا هو عقد الإيجــار القائم بين الطرفين ، ولأن هذه المصروفات قد أفاد منها المســتأجر طوال مدة استغلاله للعين ، فينعدم بــذلك قانونــا شــرط افتقــار المستأجر الذى هو شرط جوهرى لدعوى الرجوع ".

(طعن رقم ٣ لسنة ٣٢ ق جلسة ١٩٦٦/٥/١٠)

٤- " إذا كان الثابت أن علاقة الطرفين يحكمها عقــد إيجــار مبرم بينهما فلا محل لتطبيق قواعد الإثراء بلا سبب لوجود رابطة عقدية بينهما بل تكون أحكام العقد هى المرجع فى تحديــد حقــوق وواجبات كل من الطرفين قبل الآخر " .

(طعن رقم ٤٨٩ لسنة ٣٤ ق جلسة ١٩٦٨/١١/١٤)

٥- " من المقرر في قضاء هذه المحكمة انه حيث تقوم بين طرفي الخصومة رابطه عقدية فلا قيام بدعوى الإثراء بلا سبب والذي من تطبيقاته رد غير المستحق ،بل يكون العقد وحده هو مناط تحديد حقوق كل منهما والتزاماته قبل الآخر، إذ يلزم لقيام هذه الدعوي ألا يكون للإثراء الحادث او للافتقار المترتب عليه سبب قانوني يبرره ، لما كان ذلك وكان الثابت من الأوراق أن علاقة المطعون ضده بمورث الطاعنين يحكمها عقد إيجار مبرم بينما يلزم أولهما بأداء الأجرة مقابل تمكين ثانيهما من الانتفاع بالعين المؤجرة ، وان تعرضاً مادياً وقع للمطعون ضده من الغير لا يد له فيه بلغ من الجسامة حدا حرمه كلية من الانتفاع بالعين المؤجرة وهو يخوله الحق بصفته مستأجرا فى الامتناع عن الوفاء بالأجرة إعمالا لنص المادة ٥٧٥/٢ من القانون المدنى ، فإذا كان قد أداها للمؤجر " مورث الطاعنين " حق له أن يستردها منه وفقاً لأحكام عقد الإيجار المبرم بينهما والتى تحدد حقوق كل منهما والتزاماته قبل الآخر وتحمل المؤجر تبعة حرمان المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة باعتبار أن عقد الإيجار من العقود المستمرة والأجرة فيه مقابل المنفعة وليس وفقا لقواعد الإثراء بلا سبب والذى من تطبيقاته رد غير المستحق طالما أن للإثراء الحاصل لمورث الطاعنين سبب قانونى يبرره وهو عقد الإيجار

سالف الذكر ، وإذ التزم الحكم المطعون فيه هذا النظر فى قضائه برفض الدفع المبدى من مورث الطاعنين بسقوط حق المطعون ضده فى رفع الدعوى بالتقادم الثلاثى المنصوص عليه فى المادة ١٨٧ من القانون المدنى يكون قد صادف صحيح القانون " .

(طعن رقم ١١٢٤ لسنة ٤٧ ق جلسة ١٩٨١/٢/٢٥)

وقد لا يكون المفتقر طرفا فى العقد ومع ذلك لايجوز له الرجوع على المثرى بدعوى الإثراء ، فإذا اتفق المالك مع مستأجر على أن ما يقوم به الأخير من اصلاحات يأخذه المالك دون عوض ثم تعاقد المستأجر مع مقاول للقيام بتلك الإصلاحات فلا رجوع للمقاول على المالك بشئ ، لأن عقد الإيجار يعتبر سببا مشروعا لإثراء المالك.

وقد يعترض على هذا القول بأن العقد القائم بين المالك والمستأجر لايجوز أن يسرى بالنسبة للمقاول الذى هو أجنبى عنه طبقا لقاعدة نسبية أثر العقد ، ومن ثم لا يكون لإثراء المالك فى مواجهة المقاول سبب ويتعين عليه أن يعوضه عما أثرى .

والجواب على ذلك أن العقد لا ينظر إليه هنا باعتباره تصرفا حتى كان يصدق عليه هذا الاعتراض ، وإنما هو منظور إليه بوصفه واقعة قانونية ، ومن ثم فهو يحتج به على الجميع [1].

---

(١) السنهورى ص ٩٦٥ – أحمد حشمت أبو ستيت ص ٥٩٠– نبيل إبراهيم سعد ص ٤٩٨ .

بل إن الحكم يكون كذلك ولو كا المثرى قد وهب ما أثرى بـــه إلى شخص آخر ، إذ لا يستطيع المفتقر أن يرجع بدعوى الإثـــراء على الموهوب له لأن لإثرائه سببا هو عقد الهبة[١] .

وفى هذا قضت محكمة النقض بـأن :

" إذ جرى قضاء هذه المحكمة علـــى أنـــه إذا كانـــت علاقـــة الخصوم يحكمها عقد فلا محل لتطبيق قاعدة الإثـــراء بـــلا ســـبب لوجود رابطة عقدية ، وتكون أحكام العقد هى المرجع فى تحديـــد حقوق وواجبات كل من الطرفين ، والعقد الذى هو سبب الإثراء قد يكون مبرما بين المثرى والغير دون أن يكون المفتقر طرفاً فيـــه ، ويقوم العقد مع ذلك سبباً قانونيا للإثراء ".

(طعن رقم ٧٦٦ لسنة ٤٨ ق جلسة ١٩٨١/١٢/٢)

---

(١) وقد كان المشروع التمهيدى يتضمن نصا خاصا فى هذه المسألة ، هـــو الفقرة الثانية من المادة ٢٤٨ من المشروع ، وهى تقول : " فإذا تبـــرع المثرى بما أثرى به كان من صدر له التبرع مسئولا أيضا عن التعويض ولكن بقدر ما أثرى " . فهذا النص يقرر حكما مخالفا للقواعد العامة التى ذكرناها فى المتن ، ولكنه حكم تنهض به قواعد العدالة، إذ أن المفتقـــر فى هذه الحالة أولى بالرعاية ممن صدر له التبرع ، فدرء الضرر مقدم على جلب المنفعة. إلا أن لجنة المراجعة حذفت هذا النص رغم عدالـــة الحكم الذى يقرره بدعوى عدم ضرورته (مجموعة الأعمال التحضيرية جـــ٢ ص ٤٤٣) .

ثانيا : سبب الإثراء حكم من أحكام القانون :

إذا كان هناك حكم من أحكام القانون يبرر الإثراء فإن هذا الحكم يصلح سببا قانونيا يخول المثرى الحق فى الإثراء ويحول دون مطالبته بالرد . لأن المثرى يكون قد أثرى بسبب قانونى .

ومثل ذلك العمل غير المشروع ، فمن يحصل على تعويض عن ضرر أصابه من جراء هذا العمل لايجوز مطالبته برد هذا الإثراء . لأنه يكون قد كسبه بسبب قانونى هو العمل غير المشروع.

ومثل ذلك التقادم ، فمن يكسب حقا عينيا أو يسقط عنه التزام بالتقادم لايجوز مطالبته برد ما أثرى به .

وإذا استبعد أحد دائنى التفليسة ، لأنه لم يتقدم فى الميعاد ، فإنه لايحق له الرجوع بدعوى الإثراء بلا سبب على الدائنين الآخرين ، لأن هؤلاء أثروا بسبب مشروع هو حكم القانون الذى يوجب على الدائن أن يتقدم بما يثبت دينه فى ميعاد معين [١].

---

(١) عبد المنعم الصده ص ٥٩١ – المستشار أنور طلبه ص ٧٣ ومابعدها.

دعـوى الإثـراء بـلا سبب

١٢٦ـ هل لدعوى الإثراء بلا سبب صفة احتياطية ؟

يقصد بالصفة الاحتياطية لدعوى الإثراء ، أن دعوى الإثـراء لايجوز الالتجاء إليها إلا إذا انعدمت كل دعوىأخرى أمام المدعى . أما إذا كان هناك دعوى أخرى يستطيع أن يباشرها ، أو كانت لكن انسد طريقها لمانع من الموانع ، كتقادم أو قوة الشـئ المقضـى أو عدم إجراء قيد أو اتخاذ إجراءات الحلول ... الخ ، فلا يملك الدائن الالتجاء إلى دعوى أخرى أو على العموم لتوافر الإثراء على سبب قانونى .

والرأى السائد أن دعوى الإثراء بلا سبب هى دعوى أصـلية- وليست احتياطية - شأنها فى ذلك شأن سائر دعاوى المسـئولية ، سواء كانت مسئولية عقدية أو مسئولية تقصيرية ، للمفتقر أن يلجـأ إليها ولو نشأ له معها دعوى أخرى ، إذ يكون لـه الخيـار بـين الدعويين ، ومثل ذلك أن يغتصب شخص مالا لغيره فينتفـع بـه ، فهنا يستطيع صاحب المال أن يرجـع علـى المغتصـب بـدعوى المسئولية التقصيرية أو بدعوى الإثراء بلا سبب . وإن كان يفضل دائما الرجوع بموجب دعوى المسئولية التقصيرية إذ تمكنـه مـن المطالبة بتعويض كامل وفق القواعد العامة فيرجع بكل ما فاته من كسب وما لحقه من خسارة ، بينما إن رجع بموجب دعوى الإثـراء

بلا سبب ، فإنه لا يطلب إلا أقل القيمتين : قيمة الإثـــراء أو قيمـــة الافتقار.

ومثل ذلك أيضا أن يوفى شخص ديناعلى غيره معتقدا أن الدين فى ذمته ، فيكون له ، إلى جانب دعـــوى الإثـــراء قبـــل المـــدين الحقيقى، رفع دعوى دفع مالا يجب قبل الدائن الذى استوفى الدين ، فله أن يختار بين الدعويين (١).

ولايقدح فى هذا الرأى ما تواتر عليه قضاء محكمة الـــنقض – على ما أوردناه سلفا – من أنه متى كان هناك عقد يحكم علاقـــات الطرفين فلا محل لتطبيق قاعدة الإثراء على حساب الغير فإن هذه القاعدة هى مصدر لا تعاقدى للالتزام فلا يكون لها محـــل حيـــث يوجد التعاقد ، لأن ما تقصد إليه محكمة النقض من ذلك ،أنه فـــى حالة وجود العقد يكون للإثراء سبب مشروع ، هو ذلـــك العقـــد ، وبالتالى لا يكون ثمة إثراء غير مشروع يبرر اللجوء إلى دعـــوى الإثراء بلا سبب (٢).

---

(١) السنهورى ص ٩٧٩ – محمود جمال الدين زكى ص ٣٢٦ ومابعدها – نبيل سعد ص ٥٠٠– المستشار أنور طلبه ص ٧٤ – وعكس ذلك عبد المنعم الصده ص ٥٩٢ ومابعدها – أحمد حشمت أبو ستيت ص ٥٣٢ ومابعدها .

(٢) فى هذا المعنى السنهورى ومابعده – أحمد حشمت أبو ستيت ص ٥٣٢ ومابعدها .

وبهذا الرأى أخذت مذكرة المشروع التمهيدى إذ جاء بها :

" ولايشترط كذلك ألا يكون للدائن دعوى سوى دعوى الإثراء ، يستطيع أن يلجأ إليها لاستيفاء حقه ، بل يجوز له أن يباشر هذه الدعوى ، ولو هيأ القانون طريقا آخر . ولا يزال التقنين اللبنانى (المادة ١٤٢) مبقيا على ما كان لدعوى " رد غير المستحق " من صفة احتياطية أو تبعية ، وقد قصد المشروع إلى إهمال هذا الشرط فتعمد إغفال النص عليه "(١).

وقد أخذت محكمة النقض بهذا الرأى إذ قضت بأن :

" للوارث الرجوع على باقى الورثة بما يخصهم من الدين الذى وفاه- عن التركة- كل بقدر نصيبيه بدعوى الحلول أو بالدعوى الشخصية فإن كان رجوعه بدعوى الحلول فإنه يحل محل الدائن فى نفس الدين الذى أداه بحيث يكون له حقه بما لهذا الحق من خصائص وما يلحقه من توابع وما يكفله من تأمينات وما يرد عليه من دفوع عملا بالمادة ٣٢٩ من القانون المدنى فإذا كانت الفائدة المقررة للدين ٢% فليس له أن يطالب بأكثر من ذلك ، وإن كان رجوعه بالدعوى الشخصية فيكون على أساس الفضالة أو الإثراء بغير سبب فإن آثر الرجوع بدعوى الإثراء بلا سبب فله أقل قيمتى الافتقار

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٢ ص ٤٤٢ .

الذى لحقه مقدرا بوقت الحكم والإثراء الذى أصاب المدعى عليه وقت حصوله فإذا طلب فائدة عما أنفق استحق الفائدة القانونية من وقت تحديد المبلغ المستحق بحكم نهائى أما إن رجع بدعوى الفضالة فيستحق طبقا للمادة ١٩٥ من القانون المدنى النفقات الضرورية والنافعة التى سوغتها الظروف مضافاً إليها فوائد من يوم دفعها أى من وقت الإنفاق " .

(طعن رقم ٥١ لسنة ٤٣ ق جلسة ١٩٧٧/٢/٢٣)

١٢٧ـ لايشترط أن يبقى الإثراء قائما وقت رفع الدعوى :

كان الرأى السائد فى مصر – فى ظل القانون القديم– يشترط لقبول دعوى الإثراء أن يبقى الإثراء قائما وقت رفع الدعوى ، فإن هو زال قبل ذلك ، كما إذا احترق المنزل الذى صرفت عليه مصاريف من جانب المفتقر ، فلا رجوع على المشترى .

وكانت الحجة الأساسية في تأييد هذا النظر هى أنه مادام أن الغرض من دعوى الإثراء هو إعادة التوزان بين ذمتين فلا يكون ثمة محل لذلك إذا كان الاختلال المبدئى قد زال فى الوقت الذى يقدر فيه وجوده ، وهو وقت رفع الدعوى .

غير أن القانون المدنى الجديد خالف هذا النظر ، وقضى بأن العبرة هى بتحقق الإثراء ولو زال بعد ذلك بدلالة قوله فى المادة

(١٧٩) : " ويبقى التزام المثرى قائما ولو زال الإثراء فيما بعد " .
ذلك أن وقت تحقق الإثراء هو الوقت الذى ينشأ فيه التزام المثرى ، وهو عين ما يقال بالنسبة لسائر مصادر الالتزام ، فينبغى ألا يشذ الإثراء عنها ، ولا يجوز الربط بين مصير الالتزام وظرف تحكمى هو وقت رفع الدعوى . وعلى ذلك فمادام الإثراء قد دخل ذمة المثرى منذ تحققه فهو الذى يتحمل تبعة ما يقع للإثراء بعد ذلك ، إن زاد فله غنمه وإن نقص أو هلك فعليه غرمه .

وفى هذا جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" وقد اكتفى المشروع بهذه الشروط الثلاثة دون أن يضيف إليها شرطين آخرين نصت عليهما بعض تقنينات تأثرت بما كان مأثورا من الممانعة أو التحرز فى قبول مبدأ الإثراء . فلا يشترط أن يظل الإثراء قائما إلى وقت رفع الدعوى (قارن المادة ١٤٢ من التقنين اللبنانى ، وهى تنص على هذا الشرط فى حالة الإثراء بحسن نية) بل يكون الرد واجبا ولو زال الإثراء فيما بعد ، وهذا ما تقضى به صراحة المادة ٢٤٨ من المشروع (أنظر فى هذا المعنى المادة ٢٣٤٣ من التقنين الأرجنتينى) "[١].

---

(١) مجموعة الأعمال التحضرية جـ٢ ص ٤٤٢ .

وقد أخذت محكمة النقض بهذا النظر . (راجع طعن رقم ٥٨٣ لسنة ٣٥ ق جلسة ١٩٧٠/٣/١٧- منشور ببند ١٢٢) .

١٢٨ـ الخصوم فى دعوى الإثراء :

ترفع دعوى الإثراء بلا سبب من المفتقر ضد المثرى .

كما ترفع الدعوى من الخلف العام أو الخلف الخاص أو على الخلف العام أو الخاص ، مثل المحال له .

ويجوز لدائن المفتقر أن يطالب المثرى بالتعويض مستعملا حق المفتقر عن طريق الدعوى غير المباشرة .

وقد يوجد أكثر من مفتقر ، كما لو أثرى شخص على حساب شركاء فى الشيوع ، فيصبح هؤلاء الشركاء دائنين للمثرى ، كل منهم بقدر نصيبه فى التعويض ، ولا تضامن بينهم لعدم وجود نص بذلك ، كما هو الشأن فى حالة تعدد الفضولى (م١٩٢/٣ مدنى) .

ويقدر القاضى تعويض كل منهم على حده .

وقد يوجد أكثر من مثرى ، كما لو أثرى شركاء فى الشيوع على حساب الغير فيصبح هؤلاء مدينين للمفتقر ، ولا يكونون مسئولين بالتضامن ويكون كل منهم مسئولا بقدر نصيبه . وينتفى التضامن لعدم وجود نص على التضامن [1].

---

(١) السنهورى ص ٩٨٦ ومابعدها .

١٢٩ـ أهلية طرفى الدعوى :

لاتشترط أهلية ما فى طرفى الدعوى (المفتقر والمثرى) ، وقد نصت المادة صراحة على هذا بالنسبة للمثرى فجرت على أن : "كل شخص ولو غير مميز يثرى بدون سبب مشروع على حساب شخص آخر يلتزم فى حدود ما أثرى به ... الخ " .

وعلى ذلك يصح أن يكون كل من الطرفين غير مميز .

وهذا الحكم يبرره أن الملتزم فى العقد تطلب فيه الأهلية التى تتفق مع ما للتصرف من خطر لأنه يتصرف بإرادته ، ومن يصدر منه عمل غير مشروع يطلب فيه التمييز لأن مسئوليته تقوم على الخطأ وهذا عنصره المعنوى التمييز . أما من يثرى بلا سبب فإنه لايلتزم بإرادته ولا بناء على خطأ وقع منه ، وإنما مصدر التزامه هو واقعة قانونية هى واقعة الإثراء ، ومن ثم فإن تحقق هذه الواقعة يؤدى إلى نشوء الالتزام فى ذمته بصرف النظر عما توفر له من التمييز .

غير أنه يلاحظ أنه إذا كان المثرى ناقص الأهلية فإنه لايحاسب إلا على ما انتفع به فعلا ، فلا يلتزم بأن يرد ما أثرى به إلا بقدر ما عاد عليه من منفعة (م١٤٢/٢ مدنى) [١].

---

(١) السنهورى ص ٩٨٧ – عبد المنعم الصده ص ٥٩٦– المستشار أنور العمروسى ص ٤٧٢– نبيل سعد ص ٥٠٢ ومابعدها .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" ولا يشترط فى المثرى توافر أهلية ، فيجوز أن يلتـزم غيـر المميز بمقتضى الإثراء "[1] .

١٣٠ـ التعويض :

تنص المادة ١٧٩ على أن المثرى دون سبب على حساب الغير يلتزم فى حدود ما أثرى به بتعويض هذا الشخص عما لحقـه مـن خسارة " .

وجاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه : " ويلتـزم المثـرى ، بتعويض الدائن عما افتقر به ولكن بقدر ما أثرى . فهو يلتزم بـرد أقل القيمتين : قيمة ما أثرى به ، وقيمة ما افتقـر بـه الـدائن "[2] فالتعويض إذن هو أقل قيمتى الافتقار والإثراء ذلك أنه لايجـوز أن يزيد التعويض على خسارة المفتقر حتى لو كان إثراء المثرى يزيد على هذه الخسارة ، وإلا لأصبح المفتقر بدوره مثريا على حسـاب المثرى دون سبب . ولايجوز أن يزيد التعويض على إثراء المثرى حتى لو كانت خسارة المفتقر تزيد على هذا الإثراء ، لأننا نحاسـب المثرى على ما كسبه فحسب ، وإلا لأصبح هـو بـدوره مفتقـرا لمصلحة المفتقر دون سبب .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٢ ص ٤٤١ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٢ ص٤٤٢ .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" مؤدى نص المادتين ١٧٩ ، ٣٢٤ من التقنين المدنى أنـــه إذا تولى شخص عملا لآخر ، وأبرم له تصرفا قانونيا رغم إرادتـــه ، وأدى هذا التصرف، أوذلك العمل إلى افتقارفى جانب ذلك الشخص وإلى إثراء بالنسبة إلى الآخر ، وكان هذا الإثراء بلا سبب قانونى، **فإن المثرى يلتزم بتعويض المفتقر بأقــل القيمتــين ، الإثــراء أو الافتقار** . وإذ كان البنك الطاعن قد استند فى دفاعه المؤسس علـــى أحكام الإثراء بلا سبب إلى أن قيامه بوفاء قيمة خطابات الضمان قد أدى إلى افتقاره ، وإلى إثراء العميل " مورث المطعون ضدهم" لما عاد عليه من منفعة بسبب هذا الوفاء ، وهى براءة ذمته من الـــدين الذى لم يسبق له الوفاء به كليا أو جزئيا ، ولا يقوم بهذا الدين سبب من أسباب البطلان أو الانقضاء ، وكان الحكم المطعون فيـــه قـــد أغفل هذا الدفاع ولم يعن ببحثه مع أنه دفاع جوهرى لو كان الحكم قد بحثه لجاز أن تتغير به النتيجة التى انتهى إليها فإنه يكون معيبـــا بالقصور ".

(طعن رقم ١٤١ لسنة ٣٦ ق جلسة ١٩٧٢/٥/١٣)

٢- " مؤدى نص المادتين ١٧٩، ٣٢٤ من التقنين المدنى أنـــه إذا تولى شخص عملا لآخر، وأبرم له تصرفا قانونيا رغم إرادته ،

وأدى هذا التصرف ، أو ذلك العمل إلى افتقار في جانب ذلك الشخص وإلى إثراء بالنسبة إلى الآخر ، وكان هذا الإثراء بلا سبب قانوني ، فإن المثرى يلتزم بتعويض المفتقر بأقل القيمتين ، الإثراء أو الافتقار " .

(طعن رقم ٣٢١ لسنة ٣٧ ق جلسة ١٩٧٢/٥/١٦)

٣- " مؤدى نص المادة ١٧٩ من القانون المدنى أنه إذا تولى شخص عملا لآخر وأدى هذا العمل إلى افتقار في جانب ذلك الشخص وإلى إثراء بالنسبة إلى الآخر ، وكان هذا الإثراء بلا سبب قانوني ، **فإن المثرى يلتزم بتعويض المفتقربأقل القيمتين الإثراء أو الافتقار** ، ولما كان الإثراء أو الافتقار من الوقائع المادية فإنه يصح إثباتها بجميع وسائل الإثبات ومنها البينة والقرائن ".

(طعن رقم ٢٩ لسنة ٤١ ق جلسة ١٩٧٦/٣/١٦)

١٣١ـ كيف يقدر الإثراء :

لايخرج الإثراء الذى دخل ذمة المثرى عن أن يكون نقدا أو تحسينات استحدثها المفتقر فى مال المثرى ، أو يكون منفعة أو خدمة أو مجرد إثراء سلبى .

فإذا كان الإثراء نقدا ، كما إذا استولى المثرى على مبلغ للمفتقر ، فإن قيمة الإثراء تكون هى هذا المبلغ بقدره العددى

بصرف النظر عما إذا كان سعره قد ارتفـــع أو انخفــض (م١٣٤ مدنى) [1]. وذلك مع إمكان المطالبة بفوائده من وقت رفع الدعوى.

يراعى ما ذكرناه سلفا من أن المثرى إذا كان ناقص الأهلية فلا يدخل فى تقدير الإثراء بالنسبة إليه ما أنفقه دون أن يفيد منه . ومن ثم فهو لا يرد مما دخل فى ذمته إلا بقدر ما عاد عليه من منفعة .

وإذا كان الإثراء فى صورة تحسينات استحدثها المفتقــر فــى مال المثرى ، قدرت هذه التحسينات بما زاد فى مال المثرى إثــر استحداثها . ولا يصح أن تقدر بما أنفقه المفتقر فى اســتحداثها لأن ما أنفق هو قيمة الافتقار .

وإذا كان الإثراء منفعة حصل عليها المثــرى ، كــأن يكــون المثرى قد سكن بغير عقد منزل المفتقر أو استهلك ماء أو كهربــاء عن طريق مواسير أو أسلاك خفية ، فإن هذه المنفعة تقــوم علــى أساس أجرة المثل أو ثمن ما استهلكه من ماء أو أو كهرباء طبقــا للسعر المحدد.

وإذا كان الإثراء فى صورة خدمة أو عمل قدمه المفتقر إلــى المثرى ، كما لو قام سمسار بالتقريب بين البائع والمشترى ولكــن

---

(١) تنص هذه المادة على أنه : " إذا كان محل الالتزام نقودا ، التزام المدين بقدر عددها المذكور فى العقد دون أن يكون لارتفاع قيمة هذه النقود أو لانخفاضها وقت الوفاء أى أثر " .

الصفقة لم تتم على يديه أو وضع مهندس تصميما انتفع بـه رب العمل، فإنه يقدر بقيمة الفائدة التى عادت على المثـرى مـن وراء هذه الخدمة أو هذا العمل .

أما إذا كان الإثراء سلبيا ، كما لو دفع شخص دينا على آخر ، أو كما لو أتلف الجار مالا لجاره إنقاذا لملكه هو ، فإن الدين يكون فى هاتين الحالتين بقدر الدين الذى دفعه عنه المفتقر أو بقدر مالـه الذى أنقذه من الحريق[١] .

أما إذا كانت هناك عـين معينـة بالـذات مملوكـة لشـخص واستحوذ عليها آخر فإن للمالك أن يستردها من الحـائز بـدعوى الاستحقاق لا بدعوى الإثراء ، إذ أن هذه الحالة لا تنطـوى علـى انتقال مال من ذمة المفتقر إلى ذمة المثرى ، ومن ثم لا تعتبر مـن حالات الإثراء[٢].

١٣٢ـ الوقت الذى يقدر فيه الإثراء :

يقدر الإثراء وقت وقوعه ، لا وقت رفع الـدعوى ولا وقـت صدور الحكم .

---

(١) أحمـد حشمت أبو ستيت ص ٥٣٩ وما بعدهـا – عبد المنعم الصـده ص ٥٩٨ – نبيل سعد ص ٥٠٥ .

(٢) السنهورى ص ٩٩٦ – أحمد حشمت أبو ستيت ص ٥٣٩ هامش (١).

وإن كان يجوز للمفتقر أن يطلب الحكم بتعـويض آخـر عـن التأخير ، وإن لزم لهذا إعذار [١].

وهذا الرأى يسانده ما تنص عليه المادة ١٩٧ فى عجزها مـن أن: " ويبقى هذا الالتزام قائما ولو زال الإثراء فيما بعد ".

وهذا الحل هو الذى يتفق مع القواعد العامة فى مصادر الالتزام، إذ أن التزام المثرى مصدره واقعة الإثراء . وهذا الالتـزام أحـد ركنيه الإثراء ، ومن ثم فهو يوجد ويتعين محله من وقـت تحقيـق الإثراء [٢].

(أنظر البند التالى) .

١٣٣ـ كيف يقدر الافتقار :

يقدر الافتقار على النحو الذى رأيناه فى تقدير الإثراء .

فإن كان الافتقار نقدا كان قدر الافتقار هو قدر الإثـراء ، لأن المقدار الذى دخل فى ذمة المثرى هو نفس المقدار الذى خرج مـن ذمة المفتقر . فيكون التعويض هو المبلغ وفوائده من يوم المطالبـة القضائية .

وإذا كان الافتقار عن طريق تحسينات أدخلها المفتقر على مال

---

(١) السنهورى ص ٩٩٥ – عبـد المنعـم حسنى ص ١٣٦ – نبيل سـعد ص ٥٠٦ .

(٢) عبد المنعم الصده ٥٩٩ ومابعدها .

المثرى قدر مدى افتقاره بما أنفق فعلا فى ذلك . وفى مثل هذه الحالة يعطى المفتقر الأقل من القيمتين : مازاد من مال المثرى أو ما نقص من مال المفتقر .

وإذا كان الافتقار منفعة حصل عليها المثرى كان قدر الافتقار هو قدر الإثراء ، وإذ تساوى الشيئيان أعطى المفتقر تعويضا هو قيمة تلك المنفعة.

وإذا كان الافتقارخدمة أو عملا أداه المفتقر للمثرى ، فإذا كان المفتقر محترفا كالمحامى والموظف الفنى والسمسار قدر افتقاره بالقيمة التجارية للخدمة أو العمل . أما إذا لم يكن محترفا فإن افتقاره بقدر بما تجشمه من نفقات وما فاته من ربح معقول بسبب قيامه بهذه الخدمة أو العمل . ويكون التعويض هو الأقل من قيمتى الافتقار والإثراء [١].

١٣٤ـ الوقت الذى يقدر فيه الافتقار :

لايقدر الافتقار وقت حصوله كما هو الشأن فى تقدير الإثراء ، ولا وقت رفع الدعوى ، بل وقت صدور الحكم . ذلك أن الافتقار يقابل الضرر فى المسئولية التقصيرية . والضرر فى المسئولية التقصيرية يقدر وقت الحكم ، فإذا كان الضرر قد تغير منذ وقوعه فاشتد أو خف ، فإن العبرة فى تقديره تكون بيوم صدور الحكم .

---

(١) السنهورى ص ٩٩٨ – عبد المنعم الصده ص ٦٠٠ .

فلو فرضنا أن المفتقر وهو يطفئ حريقا فى منزل جـاره قـد أصيب بحروق هى مدى افتقاره ويراد تقويمها فإن القاضى يـدخل فى حسابه ما طرأ على الإصابة من تغيير جعلها تشتد أو تخف يوم صدور الحكم عما كانت عليه قبل ذلك ، وهذا هو ما يتبع فى تقدير الضرر فى المسئولية التقصيرية .

ويعلل هذا النظر بأن طبيعة الإثراء تسمح بتقديره تقديرا نهائيـا وقت وقوعه ، لأنه يدخل فى مال المثرى بمجرد تحققـه ويصـح جزءا منه فيحدد بذلك مقداره ويتحمل المثرى بوصفه مالكا له تبعة ما يحدث له زيادة أو نقصا . أما الافتقار فـإن طبيعتـه لاتسـمح بتحديده على نحو بات إلا وقت صدور الحكم بـه . وحتـى بعـد صدور الحكم قد يبقى الافتقار قابلا للتغير ولكن قوة الشئ المقضى به هى التى تجعل تقدير الافتقار نهائيا لاتجوز مراجعته [(١)].

---

(١) السنهورى ص ٩٩٨ ومابعدها – المستشار أنور طلبه ص ٧٧– نبيـل سعد ص ٥٠٧ عكس ذلك عبد المنعم الصده ص ٦٠١ ، أحمد حشـمت أبو ستيت ص ٥٤١ فيذهب الدكتور عبد المنعم الصده إلى أن العبرة فى تقدير الافتقار بوقت حصوله لا بوقت رفع الدعوى ولا بوقت صـدور الحكم . وهذا هو نفس الحل الذى يتبع فى تقدير الإثراء . وهـذا الحـل الذى يتفق مع منطق القواعد العامة فى مصادر الالتزام ، إذ أن التـزام المثرى مصدره واقعة الإثراء ، وهذا الالتزام ركناه افتقار وإثراء لايربط

بينهما سبب قانونى ، ومن ثم فهو يوجد ويتعين محله من وقت تحقق واقعتى الافتقار والإثراء .
ولا وجه للخروج هنا على منطق القواعد العامة كما هو الحال بالنسبة إلى الضرر فى المسئولية التقصيرية . فهذا المنطق كان يقضى بأن تكون العبرة فى تقدير الضرر فى هذه المسئولية بوقت وقوعه ، لأنه الوقت الذى ينشأ فيه حق المضرور فى التعويض ، وذلك نظرا لأن الضرر الذى ينجم عن العمل غير المشروع يغلب فيه أن يكون إصابة تلحق المضرور فى جسمه، وهذه ليس من المفروض فيها أن تظل ثابتة لاتتغير ، فكثيرا ما تشتد أو تخف تبعا لظروف مختلفة بحيث يصعب الوقوف على مداها الحقيقى وقت وقوعها . أما الإثراء بلا سبب فإن الافتقار فيه يكون غالبا خسارة فى مال المفتقر وليس إصابة تلحق جسمه ، وهذا الطابع الغالب للافتقار يجعلنا فى غير حاجة إلى الخروج على القواعد العامة . وإذا كان يحصل أن يقع الافتقار فى صورة تلحق جسم المفتقر ، كما هى الحال فى المثل الذى ضربه أصحاب الرأى الوارد بالمتن . فإن هذه صورة نادرة الوقوع . ومن ثم فليس من شأنها أن تكفى للنهوض بهذا الرأى وتجاهل الحالات الغالبة الوقوع . وهذه الصورة النادرة للافتقار قد يقع مثلها للإثراء ، كما لو عالج طبيب مريضا فظهرت على المريض علامات الشفاء ويوم صدور الحكم ظهرت عليه علامات المرض ثانية ، ومع ذلك فإن إثراء المريض فى هذه الحالة ينظر فى تقديره على يوم تحققه وهو يوم انتهاء العلاج وظهور علامات الشفاء لا يوم صدور الحكم. وإذا كان المثرى يتحمل غرم إثرائه فى نقصه ويكسب غنمه فى زيادته ، فكذلك الأمر بالنسبة إلى المفتقر حيث يتحمل غرم افتقاره فى زيادته ويكسب غنمه فى نقصه.

وبهذا الرأى أخذت محكمة النقض إذ ذهبت إلى أن :

١- " لما كان الحكم المطعون فيه – وعلى ما سلف بيانه فيما تقدم- أقام قضاءه على أساس قاعدة الإثراء بلا سبب وكان من مقتضى هذه القاعدة التزام المثرى فى حدود ما أثرى به بتعويض المفتقر عما لحقه من خسارة – **وكانت العبرة فى تقدير قيمة الافتقار هو وقت صدور الحكم فإن الفائدة القانونية** التى تستحق عن هذا التعويض لا تكون إلا عن وقت صدور الحكم النهائى ".

(طعن رقم ٢١٩٠ لسنة ٥٢ ق جلسة ١٩٨٤/٣/١٩)

٢- " مقتضى مبدأ الإثراء بلا سبب وفقا للمادة ١٧٩ من القانون المدنى وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة أن يلتزم المثرى بتعويض الدائن عما افتقر به ولكن بقدر ما أثرى ، أى أن يلتزم برد أقل قيمتى الإثراء والافتقار وكان تقدير قيمة الزيادة فى مال المثرى بسبب ما استحدث من غرس يكون وقت تحققه أى وقت استحداث الغرس **بينما الوقت الذى يقدر فيه الافتقار هو وقت صدور الحكم** " .

(طعن رقم ٨٧٨ لسنة ٥٣ ق جلسة ١٩٨٧/١/٧- غير منشور)

٣- " لما كان الحكم المطعون فيه – وعلى ما سلف بيانه فيما تقدم- قد أقام قضاءه على أساس قاعدة الإثراء بلا سبب وكان من مقتضى هذه القاعدة التزام المثرى فى حدود ما أثرى به بتعويض

المفتقر عما لحقه من خسارة – وكانت العبرة فـــى تقـــويم قيمـــة الافتقار هو وقت صدر الحكم فإن الفائدة القانونية التى تستحق عـــن هذا التعويض لا تكون إلا من وقت صدور الحكم النهائى ".

(طعن رقم ٢١٩ لسنة ٥٢ ق جلسة ١٩٨٤/٣/١٩)

(أنظر أيضا طعن رقم ٥١ لسنة ٤٣ ق جلســـة ١٩٧٧/٢/٢٣ منشور ببند ١٣٩) .

١٣٥ـ عبء الإثبات :

يقع عبء إثبات توافر أركان الإثراء على عاتق الـــدائن وهـــو المفتقر .

ولما كان الإثراء والافتقار من الوقائع المادية فإنه يصح إثباتها بكافة طرق الإثبات بما فيها البينة والقرائن .

غير أنه يلاحظ أن الإثراء يفترض فيه أن له سببا قانونيا ، فلا يكلف المثرى إثبات هذا السبب . فإذا ادعى المفتقر ألا سبب للإثراء فعليه هو أن يثبت ذلك .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " إذ كان عبء إثبات حصول الإثراء بلا سبب ومقداره يقع دائما على الدائن المفتقر فإن المشترى مـــن المفلـــس- إذا قضـــى ببطلان عقده طبقا للمادة ٢٢٨ تجارى – لا يســـتطيع فـــى جميـــع

الأحوال أن يرجع بالثمن على التفليسة إلا إذا أثبت أنه قد عادت عليها منفعة من هذا الثمن وبقدر هذه المنفعة يكون رجوعه عليها على ألا يتجاوز ما يرجع به الثمن الذى افتقر به ويعتبر فى هذه الحالة دائنا لجماعة الدائنين بهذه المنفعة ولذا يحصل على حقه من أموال التفليسة بالأولوية على الدائنين الذين تتكون منهم الجماعة . أما إذا أخفق فى هذا الإثبات فإنه لايستطيع أن يسترد الثمن من أموال التفليسة ولايكون له فى هذه الحالة إلا أن ينتظر حتى تقفل التفليسة ثم يرجع على المفلس بضمان الاستحقاق طبقا لما تقضى به المادة ٤٤٣ من القانون المدنى إذ أن العقد فى العلاقة بينهما يعتبر قائما وصحيحا. وليس صحيحا القول بتخويل المشترى من المفلس فى هذه الحالة الحق فى أن يشترك بالثمن فى التفليسة بوصفه دائنا عاديا فى جماعة الدائنين يخضع مثلهم لقسمة الغرماء وذلك ما لم يثبت السنديك أن الثمن الذى قبضه المفلس لم يعد بأى نفع على جماعة الدائنين – ذلك أن هذا القول على أساس افتراض إثراء جماعة الدائنين من الثمن الذى قبضه المفلس وإلقاء عبء هذه القرينة على عاتق السنديك وفى هذا قلب لأوضاع الإثبات فى دعوى الإثراء وابتداع لقرينة لا سند لها من القانون " .

(طعن رقم ١٨٨ لسنة ٣٣ ق جلسة ١٩٦٧/٣/٣٠)

٢-" مؤدى نص المادة ١٧٩ من القانون المدنى أنـــه إذا تـــولى شخص عملا لآخر وأدى هذا العمل إلى افتقار فى جانب ذلك الشخص وإلى إثراء بالنسبة إلى الآخر ، وكان هذا الإثراء بلا سبب قانونى، فإن المثرى يلتزم بتعويض المفتقر بأقل القيمتين الإثراء أو الافتقار، ولما كان الإثراء والافتقار من الوقائع المادية فإنه يصـــح إثباتهـــا بجميع وسائل الإثبات ومنها البينة والقـــرائن ، وإذ خـــالف الحكـــم المطعون فيه هذا النظر وقضى برفض الدعوى على سند من أنهـــا تقوم على عقد مقاولة تزيد قيمته على عشرة جنيهات دون أن يثبت بالكتابة ورفض على هذا الأساس إجابة الطاعن- المقـــاول- إلـــى طلب الإحالة إلى التحقيق لإثبات أنه هو الذى أقام المبانى- لصالح المطعون عليه – فإنه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون ".

(طعن رقم ٢٩ لسنة ٤١ ق جلسة ١٩٧٦/٣/١٦)

٣- " عبء الإثبات فى بيان أن ناقص الأهلية قد أثرى وفـــى تقدير مدى إثرائه يقع على الدافع الذى يطلب رد ما دفع ، فإن عجز عن الإثبات كان ذلك موجبا فى ذاته لرفض طلبه " .

(طعن رقم ٤٥٠ لسنة ٤٦ ق جلسة ١٩٧٩/٣/١٥)

١٣٦- الرجوع بدعوى الإثراء فى حالة الغلط فى تحديد القيمة الإيجارية :

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" الغلط فى تحديد القيمة الإيجارية يبطل العقد فيما زاد عن حدها المسموح به قانونا ، ويكون دفعه بغير حق يوجب استرداده باعتباره إثراء على حساب الغير ، دون اعتبار لاستمرار عقد الإيجار " .

(طعن رقم ٥٥ لسنة ٣٩ ق جلسة ١٩٧٤/٣/١١)

١٣٧- عدم التزام القاضى فى تقدير التعويض بحكم المادة ٣٣ من قانون الإصلاح الزراعى قبل العمل بالقانون رقم ٩٦ لسنة ١٩٩٢ :

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" لايلتزم القاضى فى تقديره للتعويض عن الإثراء بلا سبب بحكم المادة ٣٣ من قانون الإصلاح الزراعى " .

(طعن رقم ٤٣٩ لسنة ٣٨ ق جلسة ١٩٧٤/٣/٥)

١٣٨ـ التمسك بالإثراء أمام محكمة ثانى درجة :

قضت محكمة النقض بأن :

" إذا كانت المادة ٣/١١ من قانون المرافعات السابق ، قد أجازت للخصوم فى الاستئناف ، مع بقاء موضوع الطلب الأصلى على حاله ، تغيير سببه والإضافة إليه ، وكان الاستناد أمام محكمة الاستئناف فى طلب الإلزام بمبلغ ، إلى أحكام الإثراء بلا سبب يعد سببا جديدا ، أضيف إلى السبب الذى رفعت به الدعوى ابتداء ، وليس طلبا جديدا يتغير به موضوع الطلب الأصلى ، لأن هذا الطلب ظل باقيا على حالة حسبما كان مطروحا أمام محكمة أول درجة ، فإن إبداء هذا السبب يكون مقبولا أمام محكمة الاستئناف ".

(طعن رقم ٣١٢ لسنة ٣٧ ق جلسة ١٩٧٢/٥/١٦)

١٣٩ـ طبيعة دعوى الإثراء :

قضت محكمة النقض بأن :

١- " للوارث الرجوع على باقى الورثة بما يخصهم من الدين الذى وفاه- عن التركة- كل بقدر نصيبه بدعوى الحلول أو بالدعوى الشخصية ، فإذا كان رجوعه بدعوى الحلول فإنه يحل محل الدائن فى نفس الدين الذى أداه بحيث يكون له حقه بما لهذا الحق من خصائص وما يلحقه من توابع وما يكفله من تأمينات وما

يرد عليه من دفوع عملا بالمادة ٣٢٩ من القانون المدنى فإذا كانت الفائدة المقررة للدين ٢% فليس له أن يطالب بأكثر من ذلك ، وإن كان رجوعه بالدعوى الشخصية فيكون على أساس الفضالة أو الإثراء بغير سبب فإن آثر الرجوع بدعوى الإثراء بلا سبب فله أقل قيمتى الافتقار الذى لحقه مقدرا بوقت الحكم والإثراء الذى أصاب المدعى عليه وقت حصوله فإذا طلب فائدة عما أنفق استحق الفائدة القانونية من وقت تحديد المبلغ المستحق بحكم نهائى . أما إن رجع بدعوى الفضالة فيستحق طبقا للمادة ١٩٥ من القانون المدنى النفقات الضرورية والنافعة التى سوغتها الظروف مضافا إليها فوائدها من يوم دفعها أى من وقت الإنفاق . وإذ كان الطاعن قد أسس دعواه على أنه قام بسداد الدين الباقى لدائنه بعد أن اتخذت إجراءات نزع الملكية ورفع الدعوى لإلزام المطعون ضدها بأن تدفع له نصيبها فى الدين والفوائد القانونية بواقع ٤% من تاريخ المطالبة الرسمية فقضت له المحكمة بالمبلغ المطالب به وأغفلت الفصل فى طلب الفوائد ، فأقام الدعوى المطعون فى حكمها للمطالبة بتلك الفوائد ، وكان المستفاد من جملة ما تقدم أن الطاعن قد استند فى دعواه إلى الفضالة فهى التى تعطيه الحق فى الفوائد من تاريخ إنفاقه للمبالغ الضرورية والنافعة دل على ذلك أنه لم يتمسك بالفائدة التى كانت تستحقها الدائنة وهى ٢% حتى يمكن

القول باستناده لدعوى الحلول، كما أنه لم يطلب الفوائد من تـاريخ الحكم النهائى طبقا لقواعد الإثراء بلا سبب وأوضـح اضـطراره لسداد الدين توقيا لإجراءات التنفيذ العقارى بدين لا يقبل الانقسـام بالنسبة للمدينين وهو أحدهم مما تستقيم معه دعوى الفضالة ومؤدى ذلك استحقاقه للفوائد بواقع ٤% من تاريخ الإنفاق وهو سابق علـى التاريخ الذى جعله بدءا لطلبها ، فإن الحكم - إذ خالف ذلـك بـأن كيف دعوى الطاعن بأنها دعوى حلول مما تستقيم مع طلباته فيها - يكون مخطئا فى تطبيق القانون " .

(طعن رقم ٥١ لسنة ٤٣ ق جلسة ١٩٧٧/٢/٢٣)

١٤٠ـ الحكم الصادر بالتعويض مقرر وليس منشئا :

مصدر حق المفتقر فى التعويض هو واقعة الإثراء الذى يـنجم عن الافتقار دون أن يكون لذلك سبب قانونى . وينشأ هذا الحق من وقت تحقق الإثراء .

ومن ثم يكون الحكم مقررا له ، كما هى الحال فـى المسـئولية التقصيرية . ويترتب على ذلك نتائج نذكر منها .

١- يجوز للمفتقر من وقت تحقق الإثراء ، دون حاجـة إلـى انتظار الحكم ، أن يتصرف فى حقه فيحوله إلى شخص آخر ، وله من هذا الوقت أن يتخذ الإجراءات التحفظية .

٢- للمفتقر إلى جانب حقه فى التعويض الأصلى تعويضا عن التأخير ، بشرط توجيه إعذار إلى المثرى عملا بالمادة ٢١٨ مدنى التى تقضى بأنه لايستحق التعويض إلا بعد إعذار المدين [١].

ولا محل هنا لتطبيق النص الخاص بسعر الفائدة (م٢٢٦) ، ولا لتطبيق النص الخاص بعدم اشتراط إثبات الضرر (م٢٢٨)، لأن مجال تطبيق هذين النصين مقصور على ما إذا كان محل الالتزام مبلغا من النقود معلوم المقدار وقت الطلب (مادة ٢٢٦) [٢].

٣- تسرى مدة التقادم فى دعوى الإثراء من وقت تحقق الإثراء، أو من وقت علم المفتقر بافتقاره وبمن أثرى على حسابه كما سنرى.

٤- أن القانون الذى يطبق على النزاع هو القانون النافذ وقت تحقق الإثراء ، لا وقت صدور الحكم . فإذا صدر فى الفترة بين تحقق الإثراء وصدور الحكم قانون جديد يعدل من حقوق المفتقر فإن هذا القانون لا يطبق على النزاع ، وإنما يطبق القانون الذى كان نافذا وقت تحقق الإثراء .

---

(١) المستشار الدكتور محمد شتا ص ١٤٥١ .

(٢) السنهورى ص ٩٩٢ .

مـــادة (١٨٠)

تسقط دعوى التعويض عن الإثراء بلا سبب بانقضـــاء ثـــلاث سنوات من اليوم الذى يعلم فيه من لحقته الخســـارة بحقـــه فـــى التعويض ، وتسقط الدعوى كذلك فى جميـــع الأحـــوال بانقضـــاء خمس عشرة سنة من اليوم الذى ينشأ فيه هذا الحق .

الشـــرح

١٤١ـ سقوط دعوى التعويض بالتقادم :

تسقط دعوى التعويض بالتقادم[1] إما :

١- بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذى يعلم فيه مـــن لحقتـــه الخسارة بحقه فى التعويض ، أى من اليوم الذى يعلم فيه بافتقـــاره **وبمن أثرى على حسابه .**

أما إذا علم بافتقاره فقط دون أن يعلم بمن أثرى على حسابه فإن مدة التقادم تسرى من التاريخ الأخير .

٢- بانقضاء خمس عشرة سنة من اليوم الذى ينشأ فيـــه هـــذا الحق . فإذا لم يعلم المفتقر بافتقاره وبمن أثرى على حسابه ، فـــإن

---

(١) وكانت المادة (٢٤٩) من المشروع التمهيدى (المقابلة للـــنص الحـــالى) "يذكر كلمة " بالتقادم " بعد لفظ "يسقط " إلا أن لجنة القـــانون المـــدنى بمجلس الشيوخ حذفت كلمة " التقادم " لأنها مفهومة من النص ".
(مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٢ ص ٤٤٤ ومابعدها) .

الدعوى تسقط بانقضاء خمس عشرة سنة من تاريخ نشوء الحق فى التعويض .

وبالترتيب على ذلك إذا لم يعلم المفتقر بافتقاره وبمن أثرى على حسابه إلا بعد ثلاث عشرة سنة من يوم نشوء الحق فى التعويض ، فإن الدعوى تسقط بمضى سنتين فحسب من هذا العلم ، لأن مدة التقادم يجب ألا تتجاوز خمس عشرة سنة من يوم نشوء الحق فى التعويض ، فهى تتقادم بأقصر الأجلين : ثلاث سنوات من اليوم الذى يعلم فيه المفتقر بافتقاره وبمن أثرى على حسابه، أو خمس عشرة سنة من يوم نشوء الحق .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" ينشئ المشروع فى هذا النص تقادما قصيرا ، مدته ثلاث سنوات ، لا يبدأ سريانه إلا من اليوم الذى يعلم فيه من لحقته الخسارة بحقه فى المطالبة بالرد أو بالتعويض ، ويقف على شخص من يلزم بذلك ، وقد نص على هذا التقادم القصير إلى جانب التقادم بالمدة الطويلة ، ويبدأ سريانها من اليوم الذى ينشأ فيه الالتزام "[1].

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٢ ص ٤٤٤ – ولم يقرر التقنين المدنى القديم تقادما خاصا لدعوى الإثراء بلا سبب ، فكانت الدعوى تتقادم بخمس عشرة سنة طبقا للقواعد العامة .

١٤٢- سريان حكم المادة من حيث الزمان :

رأينا أن دعوى الإثراء كانت تسقط فى ظل التقنين المدنى القديم بمدة خمس عشر سنة من يوم نشوء الحق ومن ثم فإنه يترتب على ذلك أنه إذا كان الالتزام قد نشأ فى ظل التقنين القديم دون أن تكتمل مدة التقادم وقت العمل بالقانون المدنى الجديد ، فإن مدة ثلاث السنوات التى قررها القانون الجديد هى التى تسرى ، وذلك مالم يكن الباقى من مدة التقادم المقررة فى القانون القديم أقصر من المدة التى قررها القانون الجديد (م٨ مدنى).

١٤٣ - التقادم لا يتعلق بالنظام العام :

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" سقوط دعوى التعويض عن الإثراء بلا سبب بالتقادم الثلاثى لا يتعلق بالنظام العام وإذ لم يثبت أن الطاعنه تمسكت به أمام محكمة الموضوع فإن ما تثيره بشأنه يعتبر سببا جديدا لا يجوز التحدى به لأول مرى أمام محكمة النقض " .

(طعن رقم ٢١٩٠ لسنة ٥٢ ق جلسة ١٩٨٤/٣/١٩)

١ـ دفع غير المستحق

مادة (١٨١)

١- كل من تسلم على سبيل الوفاء ما ليس مستحقا له وجب عليه رده .

٢- على أنه لا محل للرد إذا كان من قام بالوفاء يعلم أنه غير ملزم بما دفعه ، إلا أن يكون ناقص الأهلية ، أو يكون قد أكره على هذا الوفاء .

الشرح

١٤٤ـ دفع غير المستحق تطبيق خاص لقاعدة الإثراء بلا سبب :

أورد التقنين المدنى تطبيقات متعددة لقاعدة الإثراء بلا سبب ، منها تطبيقات محضة لهذه القاعدة .

ومنها تطبيقات خاصة ، وردت فى شأنها أحكام خاصة تناسب الحالة التى تعالجها وتختلف فى بعض نواحيها عما تقضى به القاعدة العامة فى الإثراء . ومن هذه التطبيقات الخاصة دفع غير المستحق والفضالة ومقتضى قاعدة دفع غير المستحق أن من يستوفى من آخر شيئا لا حق له فيه ، فقد وجب عليه رده وإلا لأثرى على حساب غيره دون حق. ويتميز هذا التطبيق الخاص من

حيث أن قيمة الإثراء فيه تعدل قيمة الافتقار ، ومن حيث أن مدى ما يرده المثرى يتأثر – فيما عدا المصروفات الضرورية– بحسن نية الموفى له أو سوئها على ما سنرى .

وقد أوضحت ذلك مذكرة المشروع التمهيدى بقولها :

" ليس دفع غير المستحق سوى تطبيق خاص للقاعدة العامة فى الإثراء بلا سبب . فالوفاء بدين تصرف قانونى ، يجب أن تجتمع له الشروط الواجب توافرها فى سائر التصرفات القانونية .

فيشترط أن يكون بوجه خاص خلوا مما يعيب الرضا من غلط أو تدليس أو إكراه ، وأن يصدر ممن تتوافر لديه أهلية الوفاء . فإذا شاب الرضاء عيب من هذه العيوب أو تخلف شرط الأهلية ، كان الوفاء غير صحيح . ويعتبر من تسلم ما أوفى به أو أدى على هذا الوجه ، قد أثرى دون سبب ، ويصبح ملزما بالرد وفقا لقواعد الإثراء "[1].

١٤٥ـ شروط رد غير المستحق :

يشترط لرد غير المستحق طبقا لهذه المادة توافر شرطين :

١– أن يكون هناك وفاء .

٢– أن يكون الدين غير مستحق .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٢ ص ٤٤٨ .

ونعرض لهذين الشرطين تفصيلا فيما يلى :

١٤٦ـ الشـــرط الأول :

أن يكون هنـاك وفــاء :

يراد بالوفاء هنا كل عمل من أعمـــال الوفـــاء يصـــدق عليـــه التصرف القانونى .

فقد يكون هذا الوفاء وفاء عاديا تم بطريقة مباشرة ، وقد يكون عملا يعادل الوفاء ، كأن يكون الوفاء بمقابل ، أو تجديدا أو إنابة أو مقاصة ، وقد يكون إقرارا جديدا بالدين . أو ترتيبا لتأمين خـــاص يضمن الوفاء [١].

ومن أجل ذلك جاءت عبارة المادة (١٨١) فى صيغة تتسع لكل صور الوفاء بقولها " من تسلم على سبيل الوفاء ".

فلا يعتبر وفاء ما ليس تصرفا قانونيا ، كما إذا أقـــام المـــدعى منشآت بأدواته فى أرض المدعى عليه ، فإنه لا يرجع على الأخير بدعوى دفع غير المستحق إنما بدعوى الإثراء بلا سبب .

كذلك لا يعتبر وفاء التصرف الذى يشكل هبة يدوية .

---

(١) وقد اعتبر حكم محكمة النقض الصادر بجلسة ١٩٥٠/٢/١٦ فى الطعن رقم ٩١ لسنة ١٨ ق من أعمال الوفاء أن يحرر المدين لدائنه سندا بدين . ولايدخل هذا السند فى المحاسبة النهائية بين الدائن والمـــدين ، وهـــى المحاسبة التى يستوفى فيها الدائن حقه هو بمنزلة استيفاء الدين مـــرتين (راجع أيضا عبد المنعم الصده ص ٦٠٥ هامش (١)) .

وإذا كان الوفاء تصرفا قانونيا فإنه يخضع فى القاعدة العامة فى إثبات التصرفات ، فتجب الكتابة فيما يجاوز الإثبات بالبينة إلا فى الحالات المستثناة . ويقع على عاتق الموفى (المدعى) إثبات حصول الوفاء [(١)].

١٤٧ـ الشرط الثانى :

أن يكون الدين غير مستحق :

ويستوى أن يكون الدين غير مستحق من بادئ الأمر ، أو كان مستحقا ولكنه انقضى قبل الوفاء به .

وتعرض لذلك فيما يلى :

١- أن يكون الدين غير مستحق ابتداء :

ومثل ذلك أن ينفذ وارث وصية كان الموصى قد عدل عنها ، أو إذا دفع شخص تعويضا عن حادث اعتقد أنه مسئول عنه ، ثم اتضح أن مسئوليته غير متحققه .

أو كان الدين قائما فى ذمة الدافع ولكنه دفعه لغير الدائن ، أو كما إذا كان مصدر الدين الذى دفعه عقدا باطلا ، أو كما إذا كان الدين المدفوع دينا طبيعيا لم يعرف الدافع أنه مجبر على تنفيذه [(٢)].

---

(١) نبيل سعد ص ٥١٠ ومابعدها – أحمد حشمت أبو ستيت ص ٥٤٣ ومابعدها .

(٢) عبد المنعم الصده ص ٦٠٥ ومابعدها – المستشار أنور طلبه ص ٨٨.

٢- أن يكون الدين قد استحق ولكنه انقضى قبل الوفاء به :

فى هذه الصورة يكون الدين موجودا بالفعل فى ذمـــة المـــوفى للموفى له وواجب الأداء ، ولكنه ينقضى قبل الوفاء به ، كأن يكون المورث قد وفاه ولم يعثر الوارث على المخالصة فوفى الدين مـــرة أخرى . أوكان الدين قد انقضى بالمقاصة أو التجديد أو الإبراء ثـــم أوفى به [١].

١٤٨- استثناء على قاعدة رد غير المستحق :

لايجوز لمن قام بالوفاء استرداد غير المستحق ، إذا كان يعلـــم أنه غير ملزم بما دفعه .

غير أنه يجوز ذلك ولو كان يعلم أنه غير ملزم بما دفعـــه فـــى حالتين :

الأولى : أن يكون من قام بالوفاء ناقص الأهلية .

الثانية : إذا كان من قام بالوفاء قد أكره على الوفاء .

ونعرض لذلك تفصيلا فيما يلى :

١٤٩- لا يجوز الاسترداد إذا كان الموفى يعلم أنه غـير ملـزم بالوفـاء :

لايكفى للاسترداد أن يقوم الموفى بدفع دين غير المستحق ، بل يجب كذلك أن يكون معتقدا وقت الوفاء أنه ملزم بأداء الـــدين ، أى

---

(١) نبيل سعد ص ص ٥١١ – أحمد حشمت أبو ستيت ص ٥٤٤.

أن يكون واقعا فى غلط . أما إذا كان يعلم وقت الوفاء أنه غير ملزم بالوفاء فلا يجوز رد ما دفع .

والمقصود هنا بالغلط هو الغلط الذى يعيب الإرادة بشروطه التى ذكرناها فى موضعها . سواء كان غلطا فى الواقع أو غلطا فى القانون .

وهذا الغلط مفروض ، فقد أقام المشرع قرينة قانونية مؤداها أن من يدفع غير المستحق ، لابد أن يكون قد وقع فى غلط ، إذ من غير المعقول أن يدفع شخص دينا غير واجب عليه . ولهذا يكفى أن يقوم الدافع بإثبات أنه لم يكن هناك دين مستحق الوفاء وقت الدفع ، حتى تقوم هذه القرينة . ويجوز على أساسها الطعن فى الوفاء بالإبطال للغلط . فيتحول الوفاء بعد أن كان تصرفا قانونيا وسببا مشروعا للإثراء إلى واقعة مادية لا تبرر الإثراء . ويجوز بعد ذلك استرداد ما دفع بغير حق .

غير أن المشرع رعاية لمصلحة المدفوع له أيضا ، جعل هذه القرينة قابلة لإثبات العكس . وعلى هذا يجوز للمدفوع له أن يثبت أن الدافع وقت الدفع كان يعلم أنه يوفى بدين غير مستحق الوفاء ، ومع ذلك قام بالوفاء ، وبالتالى فإن إرادته لم تكن معيبة للغلط ، كأن يكون عالما بأنه أوفى دين غيره قاصدا إسداء خدمة للغير إما على سبيل الفضالة أو التبرع ، أو أن الدفع إجازة لعقد

قابل للإبطال ، أو وفاء لدين طبيعي مع علمه بأن هذا الدين طبيعي[١].

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدي أنه :

" فإذا أقام المدعى هذا الدليل فيفرض أنه قد أوفى خطأ ، وأن من حقه أن يسترد ما دفع . وقد نص التقنين الإسباني على ذلك صراحة ، فقرر في المادة ١٩٠١ أنه " يفرض الخطأ في الوفاء إذا سلم ما لم يستحق أصلا أو ما سبق أداؤه " ويضيف النص إلى ذلك "ولكن يجوز لمن يطلب إليه الرد ، أن يقيم الدليل على أن التسليم كان على سبيل التبرع ، أو لأي سبب مشروع آخر " . والواقع أن من تسلم ما يدعى بعدم استحقاقه له ، لا يكون عليه إلا إسقاط قرينة الخطأ في الوفاء . فإذا أثبت أن الوفاء بما لم يكن مستحقا قد تم عن بينة من الموفى ، فيفترض أنه أوفى على سبيل التبرع ، إلا أن يكون غير كامل الأهلية ، أو أن يقوم الدليل على أنه أدى ما أداه تحت سلطان إكراه كما إذا كان قد فقد المخالصة ، وأكره بذلك على الوفاء مرة أخرى "[٢].

---

(١) السنهوري ص ١٠٠٥ ومابعدها – أحمد حشمت أبو ستيت ص ٥٤٥ ومابعدها – سمير عبد السيد تناغو ونبيل إبراهيم سعد النظرية العامة للالتزام الجزء الأول مصادر الالتزام طبعة ١٩٩٣ ص ٤٠٢ ومابعدها.

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٢ ص ٤٤٩ ومابعدها .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"من المقرر – على ما جرى به قضاء هذه المحكمة– أن عبء إثبات حصول الإثراء بلا سبب والذى من تطبيقاته رد غير المستحق يقع دائما على الدائن المفتقر " .

(طعنان رقما ٤٦٣٤، ٤٤٦٧ لسنة ٦١ ق جلسة ١٩٩٣/٢/٩)

كما قضت محكمة النقض بأن :

١– " إذا ثبت للمحكمة أن المبلغ المدفوع من المدعى والذى يطلب الحكم برده إنما دفع منه عن بصيرة ونور تنفيذا لعقد تصفية شركة يتضمن التزامات متبادلة أبرم بينه وبين المدعى عليه فإنه لايكون محقا فى استرداده " .

(طعن رقم ١٧٨ لسنة ٢١ ق جلسة ١٩٥٣/١٠/٢٢)

٢– " إذ نصت المادة الأولى من القانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٦٢ فى شأن التجاوز عن استرداد ما صرف إلى الموظفين والعمال من مرتبات وأجور على أنه " يتجاوز عن استرداد ما صرف إلى الموظفين والعمال من مرتبات وأجور بناء على قرارات بالترقية أو تسويات صادرة من جهات الإدارة تنفيذا لحكم أو فتوى صادرة من القسم الاستشارى للفتوى والتشريع بمجلس الدولة والإدارات العامة بديوان الموظفين وذلك إذا ألغيت أو سحبت تلك القرارات أو

التسويات " فقد أفصح هذا النص عن أن التجاوز عن الاسترداد مقصور على ما صرف إلى الموظفين والعمال من مرتبات وأجور.

فإذا كان الثابت من تقريرات الحكم المطعون فيه أن المبلغ المطالب برده كان قد قضى به للمطعون ضده على أساس أنه تعويض له بسبب إحالته إلى المعاش قبل سن الخامسة والستين فإن هذا المبلغ المحكوم به لايعتبر مرتبا أو أجرا وبالتالى لايخضع للتجاوز عن الاسترداد المنصوص عليه فى القانون المذكور ولو كان هذا التعويض قد قدر بما كان سيتقاضاه المطعون ضده من المرتب لو أنه استمر فى الخدمة إلى سن الخامسة والستين لأن هذا لايغير من طبيعته كتعويض ولا يجعله مرتبا ".

(طعن رقم ١٨٢ لسنة ٣٣ ق جلسة ١٩٦٨/١/١١)

٣- " إذا كان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه- برفض دعوى رب العمل باسترداد ما دفع بغير حق - على انتفاء ركن الغلط فيما قامت به الطاعنة (رب العمل) من وفاء بمكافأة نهاية الخدمة للعامل المطعون ضده والتزامها بما دفعه استنادا إلى ما انتهى إليه من أن وفاءها تم طبقا لأحد الرأيين فى تفسير المادة ٧٣ من قانون العمل الصادر بالقانون رقم ٩١ لسنة ١٩٥٩ ، وكان استخلاصه هذا سائغا اهتدى فيه بما ورد فى المذكرة الإيضاحية

للقانون رقم ٢٢٧ لسنة ١٩٥٩ عن تعارض التفسيرات بشأن هذه المادة ، وكان ثبوت واقعة الغلط مسألة موضوعية يستقل قاضي الموضوع بتقديرها ، فإن ما تنعاه الطاعنة على الحكم المطعون فيه- من الخطأ في تطبيق القانون – يكون في غير محله ".

(طعن رقم ٤٦ لسنة ٣٩ ق جلسة ١٩٧٥/٢/٨)

١٥٠ـ حالتان يجوز فيهما الرد إذا كان من قام بالوفاء يعلم أنه غير ملزم بما دفعه :

إذا كان من قام بوفاء غير المستحق عالما أنه غير ملزم بما دفعه، فإنه لايجوز له استرداد ما دفعه إلا في حالتين استثنائيتين هما:

الاستثناء الأول :

أن يكون الموفي ناقص الأهلية :

إذا كان الموفي ناقص الأهلية ، فله أن يطعن في صحة الوفاء، ولو كان يعلم أنه غير واجب عليه ، إذا تمسك بنقص أهليته ، لأن الوفاء الصادر من ناقص الأهلية وفاء قابل للإبطال في جميع الأحوال .

أما إما دفع ناقص الأهلية دينا مترتبا في ذمته ، فإن الدفع يكون صحيحا مبرئا للذمة إذا لم يلحق به ضررا، ومن ثم لايجوز له استرداد ما دفع . وقد نصت الفقرة الثانية من المادة ٣٢٥ على هذا

الحكم صراحة إذ تجرى على أن : " ومع ذلـك فالوفـاء بالشـئ المستحق ممن ليس أهلا للتصرف فيه ينقضى به الالتـزام إذا لـم يلحق الوفاء ضررا بالموفى "(١).

(أنظر شرح المادة ٣٢٥) .

الاستثناء الثانى :

إذا كان الموفى قد أكره على الوفاء :

يجوز لمن أوفى بغير المستحق مع علمه بأنه غير مستحق، أن يطعن فى الوفاء على أساس الإكراه .

والمقصود بالإكراه هنا هو ذات الإكراه الذى يجيز إبطال العقد والمنصوص عليه فى المادة ١١٧ من القانون المـدنى ، وشـرط تحققه أن يكون الإكراه قد بعث الرهبة فى نفس المكره بغير وجـه حق .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- " النص فى المادة ١٨١ من القانون المدنى على أنـه : "١- كل من تسلم على سبيل الوفاء ما ليس مستحقا له وجب عليـه رده ٢-على أنه لا محل للرد إذا كان من قام بالوفاء يعلم أنه غير ملزم بما دفعه إلا أن يكون ناقص الأهلية أو يكون قد أكره على الوفاء "

---

(١) السنهورى ص ١٠٠٦ هامش (٢).

يدل على أنه لا محل للرد إذا كان الدفع عن بصيرة وترو أى عــن علم الدافع بأنه غير ملزم بما دفعه ، وأن الإكراه الذى عناه المشرع بهذا النص المبطل للوفـــاء الذى حصـــل بناء عليه والمسوغ للـــرد هو ذات الإكراه الذى يجيز إبطال العقد والمنصوص عليه فى المادة ١١٧ من القانون المدنى ، وشرط تحققه أن يكون الإكراه قد بعـــث الرهبة فى نفس المكره بغير وجـــه حـــق باعتبـــار أن الأعمـــال المشروعة قانونا لايمكن أن يترتب عليها إبطال مـــا ينـــتج منهـــا .... الخ " .

(طعن رقم ٤٣٢ لسنة ٤١ ق جلسة ١٩٧٥/١٢/١٠)

٢- الإكراه الدافع على الوفاء فى معنى المادة ١٨١ من القانون المدنى هو الضغط الذى تتأثر به إرادة الشخص ويدفعه إلى الوفـــاء تحت تأثير الرهبة التى تقع فى نفســـه لا عـــن حريـــة واختيـــار . ولاعبرة بالوسيلة المستخدمة فـــى الإكـــراه ، فيســـتوى أن تكـــون مشروعة أو غير مشروعة ، متى كان من شأنها أن تشيع الرهبـــة فى نفس الموفى وتدفعه إلى الوفاء ".

(طعن رقم ٦٥٥ لسنة ٤٠ ق جلسة ١٩٧٦/١/٢٦)

ومثال الوفاء بالإكراه أن يكون الدافع سبق له الوفـــاء بالـــدين وفقدت فيه المخالصة فاضطر إلى الوفاء به مرة ثانية خوفـــا مـــن التنفيذ على ماله ، ثم عثر على المخالصـــة بالوفـــاء الأول . أو إذا

أضطر إلى سداد الضرائب مرة ثانية بسبب توقيع حجز إدارى على ماله [١].

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" تنص المادة ١٨١ من القانون المدنى على أن من تسلم على سبيل الوفاء ما ليس مستحقا له وجب عليه رده وأنه لا محل للرد إذا كان من قام بالوفاء يعلم أنه غير ملزم بما دفعه إلا أن يكون قد أكره على الوفاء فإذا استخلصت محكمة الموضوع أن وفاء الشركة للبلدية بالرسوم لم يكن تبرعا بل نتيجة إكراه لحصوله تحت تأثير الحجز الذى توقع على أموالها وتحديد يوم لبيع هذه الأموال وحضور مندوب البلدية فى هذا اليوم لإجراء البيع فعلا فإنه هذا الاستخلاص سائغ لا مخالفة فيه للقانون لأن الإكراه بالمعنى المقصود فى المادة ١٨١ يتحقق فى هذه الصورة ".

(طعن رقم ١١٥ لسنة ٣٣ ق جلسة ١٩٦٨/٣/٢١) [٢]

---

(١) عبد المنعم الصده ص ٦٠٨ - سمير تناغو ونبيل سعد ص ٤٠٣- الدكتور مصطفى الجمال النظرية العامة للالتزامات الجزء الأول مصادر الالتزام ١٩٨٥ ص ٥٠١ .

(٢) غير أنه إذا وفى المدين الدين الذى عليه وحصل على مخالصة ، ثم وجهت المطالبة القضائية بعد ذلك فادعى الوفاء ولكنه لم يعثر على المخالصة أثناء نظر الدعوى ، فحكم بإلزامه بالدين لإخفاقه فى إثبات الوفاء الذى يدعيه ، فإنه لايستطيع بعد ذلك أن يرجع على الموفى له

إنما لا يعتبر من قبيل الإكراه الدافع على الوفاء ، تنفيذ حكم بالنفقة على المحكوم عليه قبل إلغائه لأنه عمل مشروع ولايتضمن إكراها على الوفاء ، وكذلك وفاء الزوج لزوجته بما أقره لها طواعية واختيارا من نفقة دون صدور حكم بذلك ، وفي تاريخ لاحق على الحكم النهائي ببطلان عقد زواجه منها .

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

" ... وكان تنفيذ حكم صادر بالنفقة على المحكوم عليه- وقبل إلغاء هذا الحكم – هو عمل مشروع قانونا فإن الوفاء تنفيذا له لا يتضمن إكراها على هذا الوفاء لأنه تم بوجه حق ، كما أن وفاء

بدعوى استرداد ما دفع بغير حق حتى لو عثر على المخالصة بالوفاء الأول . وذلك لأن هذا الرجوع يناقض حجية الأمر المقضى إذ أن الدعوى الثانية تتفق في أساس موضوعها وفي حقيقة سببها مع الدعوى الأولى فصلا عن وحدة الخصوم .

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

" إذا ادعى مدين أنه سدد الدين المطلوب الحكم به عليه ، ثم حكم بإلزامه بهذا الدين ، وتناول هذا الحكم ما كان يدعيه المدين من التخالص من الدين بالوفاء قائلا عنه إنه غير ثابت لعدم تقديم أية مخالصة ، فليس لهذا المدين بعد ذلك أن يدعى براءة ذمته بدعوى جديدة بناء على مخالصة يجدها بعد ذلك ".

(طعن رقم ٣٢ لسنة ٩ ق جلسة ١٩٣٩/١١/٣٠)

المطعون ضده الأول للطاعنة بما أقره لها طواعية واختيارا من نفقة بدون صدور حكم يلزمه بها وفى تاريخ لاحق على الحكم النهائى ببطلان عقد زواجه منها وعلمه بأنه غير ملزم بما أقره ودفعه لها ، فإن هذا الوفاء لايتضمن إكراها وقام به وهو يعلم أنه غير ملزم بدفعه فلا يسوغ له استرداده " .

(طعن رقم ٤٣٢ لسنة ٤١ ق جلسة ١٩٧٥/١٢/١٠)

وتقدير وسائل الإكراه ومبلغ جسامتها ومدى أثرها فى نفس الموفى هو من الأمور الموضوعية التى يستقل بالفصل فيها قاضى الموضوع ، ولا رقابة عليه فى ذلك لمحكمة النقض متى أقام قضاءه على اسباب سائغة .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- " تقدير وسائل الإكراه ومبلغ جسامتها ومدى أثرها فى نفس الموفى هو من الأمور الموضوعية التى يستقل بالفصل فيها قاضى الموضوع ، ولا رقابة عليه فى ذلك لمحكمة النقض متى أقام قضاءه على أسباب سائغة . وإذ كانت محكمة الموضوع قد انتهت فى استدلال سائغ إلى أن وفاء الشركة المطعون ضدها الأولى لم يكن تبرعا ، وإنما كان نتيجة إكراه لحصوله تحت تأثير الحجز الذى توقع على أموالها لدى البنكين اللذين تتعامل معهما ، فإنها

لاتكون قد خالفت القانون لأن الإكراه بالمعنى المقصود فى المادة ١٨١ من القانون المدنى يتحقق فى هذه الصورة " .

(طعن رقم ٦٥٥ لسنة ٤٠ ق جلسة ١٩٧٦/١/٢٦)

٢- (أ)- " النص فى الفقرة الثانية من المادة ١٨١ من القانون المدنى على أنه " لا محل للرد إذا كان من قام بالوفاء يعلم أنه غير ملزم بما دفعه إلا أن يكون ناقص الأهلية أو يكون قد أكره على هذا الوفاء " يدل- وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة- أنه لا محل للرد إذا كان الدفع عن بصيرة وتروى عن علم الدافع بأنه غير ملزم بما دفعه ، وأن الإكراه الذى عناه بهذا النص المبطل للوفاء الذى حصل بناء عليه والمسوغ للرد هو ذات الإكراه الذى يجيز إبطال العقد والمنصوص عليه فى المادة ١١٧ من القانون المدنى وشرط تحققه أن يكون الإكراه قد بعث الرهبة فى نفس المكره بغير وجه حق باعتبار أن الأعمال المشروعة قانونا لا يمكن أن يترتب عليها إبطال ما ينتج عنها وأن التقاضى والإبلاغ لا يعتبران بذاتهما إكراها لأنهما من الحقوق المباحة ولايسأل من يلج أبواب القضاء تمسكا أو زودا عن حق يدعيه لنفسه إلا إذا ثبت انحرافه عن الحق المباح إلى اللدد فى الخصومة والعنت مع وضوح الحق ابتغاء الإضرار بالخصم " .

(طعنان رقما ٤٦٣٤، ٤٤٦٧ لسنة ٦١ق جلسة ١٩٩٣/٢/٩)

(ب)- " إذا كان الطاعنون قدتمسكوا بأن تلك المبالغ المدفوعة من المطعون ضده والتى يطالب الحكم بردها إنما دفعت عن بصيرة وترو وفاء لما هو مستحق لهم عليه بموجب إيصالات تقدموا بها وأنه لم يكن قد أكره على هذا الوفاء ، إلا أن الحكم المطعون فيه لم يعرض لهذا الدفاع ويقسطه حقه من البحث والتحقيق ، وجرى فى قضائه على القول بأن الطاعنين عجزوا عن إثبات ما قرروه من تقاضى المطعون ضده لمبالغ خارج نطاق عقد الإيجار وهم المكلفون بإثبات أنهم يداينونه بهذه المبالغ ودون أن يعرض لمدى توافر الشروط التى استلزمها نص الفقرة الثانية من المادة ١٨١ من القانون المدنى ويواجه دفاع الطاعنين- الذى قد يتغير به وجه الرأى فى الدعوى- فإنه يكون مشوبا بالخطأ فى تطبيق القانون والقصور فى التسبيب ".

(طعنان رقما ٤٦٣٤ ، ٤٤٦٧ لسنة ٦١ق جلسة ١٩٩٣/٢/٩)

مادة (١٨٢)

يصح استرداد غير المستحق إذا كان الوفاء قد تم تنفيذا لالتزام لم يتحقق سببه أو لالتزام زال سببه بعد أن تحقق .

الشرح

١٥١ـ استرداد غير المستحق إذا كان الوفاء قد تم تنفيذا لالتزام لم يتحقق سببه :

يصح استرداد غير المستحق إذا كان الوفاء قد تم تنفيذا لالتزام لم يتحقق سببه .

وهذه الحالة يقصد بها أن يكون الدين مؤجل الاستحقاق ولكنه لم يستحق . وهو الدين المعلق على شرط واقف ولم يتحقق الشرط بعد، أو الدين المعلق على شرط فاسخ وتخلف الشرط بما يجعل الدين كأن لم يكن .

فإذا حصل الوفاء بهذا الدين كان ذلك دفعا لدين غير مستحق، يستوي فى ذلك أن يقع هذا الوفاء قبل تحقق الشرط أو بعد تخلفه[١].

١٥٢ـ استرداد غير المستحق إذا كان الوفاء قد تم تنفيذا لالتزام زال سببه بعد أن تحقق :

تتحقق هذه الحالة إذا كان الوفاء صحيحا وقت القيام به ، بأن

---

(١) سمير تناغو ونبيل سعد ص ٤٠٢- عبد المنعم الصده ص ٦٠٦ .

يكون الدين موجودا ومستحق الدفع ، ويتم الوفاء به من المدين به ، دون أن يشوب إرادته عيب ، أو أن يكون ناقص الأهلية . ولكـن يزول هذا الدين بعد ذلك فيصبح الوفاء وبغير سبب . ومثل ذلك أن يكون التصرف الذى نشأ عنه الدين تصرفا قابلا للإبطـال فـوفى المدين بالدين ، ثم أبطل العقد بعد ذلك . فيترتب على ذلك أن يزول السبب الذى كان يبرر الوفاء فيصبح الوفاء لدين زال سببه بعـد أن تحقق .

ومثال ذلك أيضا أن ينشأ الدين عن عقد ، ثم يفسخ العقـد بعـد الوفاء ، إذ يترتب على الفسخ اعتبار العقد كأن لم يكـن ، وإعـادة المتعاقدين إلى الحالة التى كانا عليها وقت التعاقد . فإذا كان أحدهما قد وفى بالدين الذى نشأ على عاتقه من هذا العقد فإنه يكون قد وفى بغير المستحق ويجوز له استرداد ما وفاه [1].

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" أو إذا ثبت أن سبب الدين قد زال بعد تحققه . كما إذا نفذ أحد العاقدين التزامه فى عقد أبطل أو فسخ بعد ذلك "[2].

---

(١) السنهورى ص ١٠٠٨ ومابعدها – سمير تناغو ونبيل سـعد ص ٤٠٤ ومابعدها .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٢ ص ٤٤٩ .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " إذا كانت الضريبة قد حصلت وفقا لنص المادة ٨/٣٢ قبل صدور قرار وزير المالية بإدخال المهنة ضمن نطاق المادة ٧٢ فإن هذا لايحول دون استرداد ما حصل زيادة علـى قـدر الضـريبة المقررة بها ، إذ تعتبر هذه الزيادة بعد صدور القـرار فـى حكـم الضريبة المحصلة بغير حق ".

(طعن رقم ١٧٤ لسنة ١٩ ق جلسة ١٩٥٠/١٢/٧)

٢- " متى قضى بحكم حائز لقوة الأمر المقضى بزوال سـبب التزام الزوج بأداء النفقة التى تعهد بأدائها فإن مؤدى ذلك أن تلتزم الطاعنة (الزوجة) برد ما قبضته تنفيـذا لحكـم النفقـة لأن وفـاء المطعون ضده بهذا المبالغ يعتبر بعد زوال سبب التزامه وفاء بمـا ليس مستحقا ولا يفترض منه التبرع إذا لم يكن هـذا الوفـاء عـن اختيار وإنما عن إكراه وتحت تأثير أوامر الأداء الصـادرة بهـذه النفقة والمشمولة بالنفاذ المعجل ".

(طعن رقم ٣٦٢ لسنة ٣١ ق جلسة ١٩٦٦/٢/٣)

٣- " متى كان استناد الطاعنة إلى المادة ١٨٢ مـن القـانون المدنى يفتقر إلى الدليل على أن سبب التزامها قد زال – بصـدور القانون رقم ٢٢٧ لسنة ١٩٥٩ – بعد أن كانـت قـد أوفـت إلـى المطعون ضده بالمبلغ (الزائد فى مكافأة نهاية الخدمة) الذى تطالبه

برده ، ذلك أن الثابت من أوراق الطعن أن الطاعنة قد قدمت، صورة طبق الأصل من المخالصة التي تسلم المطعون ضد، بمقتضاها مستحقاته ، وهي صورة غير موقعة منه ولا تحمل، تاريخا ، وإذ لم يثبت أن الوفاء قد تم قبل زوال سببه ، فإن استناد الطاعنة إلى المادة ١٨٢ المشار إليه يكون على غير أساس " .

(طعن رقم ٤٦ لسنة ٣٩ ق جلسة ١٩٧٥/٢/٨)

مـــادة (١٨٣)

١- يصح كذلك استرداد غير المستحق ، إذا كان الوفاء قد تم تنفيذا لالتزام لم يحل أجله وكان الموفى جاهلا قيام الأجل .

٢- على أنه يجوز للدائن أن يقتصر علـــى رد مـــا اســـتفاده بسبب الوفاء المعجل فى حدود ما لحق المدين من ضـــرر . فـــإذا كان الالتزام الذى لم يحل أجله نقودا ، التزم الدائن أن يرد للمدين فائدتها بسعرها القانونى أو الاتفاقى عن المـــدة الباقيـــة لحلـــول الأجل.

الشـــرح

١٥٣ـ استرداد غير المستحق إذا كان الوفاء قـــد تم تـنفيـذا لالتزام لم يحل أجله وكان الموفى جاهلا قيام الأجل :

إذا وفى المدين الدين قبل حلول أجله ، وهو جاهل بقيام الأجل ، فله أن يسترده بدعوى رد غير المستحق ، ثم يوفيـــه عنـــد حلـــول الأجل .

وفى هذا جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

١- " الأصل فيمن يقوم بالوفاء بدين قبل حلول أجله ، أنه يدفع ما ليس مستحقا عليه من وجه ،.فإذا تم الدفع من جراء غلطـــه ، أو من جراء ظروف لها حكم الغلط ، فلمن دفع أن يســـترد مـــا أداه ، على أن يقوم بالوفاء عند حلول الأجل . وقد آثر المشروع الأخـــذ

بهذا الرأى لسلامة منطقه ، مقتفيا فى ذلك أثر المشروع الفرنسى الإيطالى ، ولو أن بعض تقنينات أخرى قد أعرضت عنه وعلى هذا الأساس يلتزم الدائن الذى يتسلم دينه قبل حلول الأجل برد ما قبض"[١].

أما إذا قام المدين بالوفاء قبل حلول الأجل وهو عالم بذلك ، فإنه يكون قد قصد إلى التنازل عن الأجل ومن ثم لايجوز له استرداد ما وفاه ، كما لايجوز له الرجوع على الدائن بشئ .

١٥٤ـ يجوز للدائن الاقتصار على رد ما استفاده بسبب الوفاء المعجل :

يجوز للدائن أن يختار بين التزامه برد ما قبضه من غير المستحق ، وبين الاجتزاء برد ما يثرى به من جراء التعجيل بالوفاء، دون أن يجاوز ذلك قدر ما لحق المدين ضرر . فيحق مثلا لمقاول اعتقد خطأ أنه ملزم بتسليم بناء قبل الموعد المقرر بستة أشهر ، وتحمل بسبب ذلك نفقات إضافية ، أن يطالب الدائن إذا لم يشأ أن يرد البناء الذى تسلمه إلى أن يحل الأجل بأقل القيمتين : قيمة النفقات التى تقدمت الإشارة إليها وقيمة إيراد البناء خلال الشهور الستة .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٢ ص ٤٥١ ومابعدها .

فإذا كان الدين الذى عجل الوفاء به مبلغا من النقود ، ولم يـــر الدائن أن يرده إلى المدين ، على أن يؤدى إليه عند حلول الأجـــل، كان للمدين أن يطالب بما يغل الدين من فائـــدة ، بحســـب الســـعر المتفق عليه ، أو بحسب السعر المقرر فى القانون ، إذا لم يكن ثمة اتفاق فى هذا الشأن [١].

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـــ٢ ص ٤٥٢ .

مـادة (١٨٤)

لا محل لاسترداد غير المستحق إذا حصل الوفاء من غير المدين وترتب عليه أن الدائن ، وهو حسن النية ، قد تجرد من سند الدين أو مما حصل عليه من التأمينات أو ترك دعواه قبل المدين الحقيقى تسقط بالتقادم . ويلتزم المدين الحقيقى فى هذه الحالة بتعويض الغير الذى قام بالوفاء .

الشرح

١٥٥ـ تجرد الموفى له حسن النية من سند الدين أو من التأمينات أو تركه الدعوى تسقط بالتقادم :

الحالة التى يتناولها هذا النص هى تلك التى يقوم فيها شخص غير المدين بالوفاء للدائن ، معتقدا أنه ملزم بأدائه ، ويكون الدائن حسن النية فيتجرد من سند الدين كأن يعدمه أو يهمل فى المحافظة عليه فيضيع ، أو يتجرد من التأمينات التى تضمن الدين كأن ينزل عن الرهن أو يغفل تجديد قيده أو يبرئ ذمة الكفيل ، أو يترك دعواه قبل المدين تسقط بالتقادم . ففى جميع هذه الصور يسقط حق الموفى فى الرجوع على الدائن بدعوى استرداد غير المستحق ، بالرغم من أن الوفاء لم يتحقق سببه .

وذلك لأن الدائن وهو حسن النية قد تجرد من سلاحه ضد المدين على النحو الذى ذكرناه اعتمادا على أنه قد استوفى حقه ،

فلا يمكن أن ينسب إليه فى هذا تقصير ما ، بينما الموفى قد دفع عن غلط ، فهو فى هذا مقصر ، ومن ثم وقف القانون فى جانب الدائن حيث رجح حقه على حق الموفى (١).

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" إذا قام غير المدين بوفاء الدين ، معتقدا أنه ملزم بأدائه، فمن حقه أن يسترد ما أدى ، وفقا للقواعد الخاصة بدفع مالا يستحق ، سواء أكان الدائن حسن النية أوسيئها. ومع ذلك فقد رؤى اختصاص الدائن بقسط من الرعاية ، فأسقط عنه الالتزام بالرد إذا ترتب على استيفائه ما أدى الغير إلحاق ضرر بحقه . إما من ناحية الواقع بسبب تجرده من سند الدين أو من التأمينات المخصصة للوفاء به، وإما من ناحية القانون ، بسبب سكوته عن مطالبة المدين الحقيقى، وتقادم دعواه قبله تفريعا على ذلك . فالحق أن المقارنة بين الغير الذى أدى دينا لم يكن ملزما بأدائه ، وبين الدائن حسن النية ، وقد تجرد من سند دينه معتقدا صحة الوفاء ، تنتهى دون شك ، إلى توجيه ما ينبغى لمصالح الأخير من أسباب الحماية والتغليب . وقد أخذ التقنين الحالى بهذا الحكم ولو أنه أفرغه فى عبارة يعوزها الوضوح ، إذ اقتصر فى المادة ٢٠٩/١٤٨ على النص على حماية

---

(١) عبد المنعم الصده ص ٦١٧ ومابعدها .

الدائن حسن النية ، إذا " انعـدم سـند المـدين " دون أن يتنـاول بصراحة النص حالات هامة ، كالتقادم وضياع التأمينات "[١].

١٥٦ـ التزام المـدين الحقيقى بتعـويض الغـير الـذى قـام بالوفاء :

فى الحالة الواردة بالبند السابق لا يظل غير المدين الـذى قـام بالوفاء محروما من حق الرجوع بما أداه . وإنما له أن يرجع على المدين الحقيقى بدعوى الإثراء بلا سبب ، لأن المدين الحقيقى قـد انقضى دينه بهذا الوفاء ، ومن ثم يلتزم قبله بالتعويض وفقا لأحكام الإثراء بلا سبب .

لكن يجب لكى يصبح هذا الرجوع ممكنا أن تكون المخالصـة التى يعطيها الدائن للموفى ثابتة التاريخ . وذلك لأنه يخشى فى حالة سقوط الدين بالتقادم أن يتواطأ الدائن مع أجنبى فيعطيـه مخالصـة يقدم تاريخها إلى ما قبل انقضاء الدين بالتقادم ، فيبدوأن الوفاء قـد تم قبل انقضاء مدة التقادم ، وبذلك يتيسر للأجنبى أن يرجع علـى المدين بما دفع ، إذ أن دعواه القائمة على أساس الإثراء بلا سـبب لا تكون قد سقطت بالرغم من سقوط دعوى الدائن . وهكذا يستطيع الدائن أن يحصل على حق سقط بالتقادم ، فللحيلولة دون وقوع هذا

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٢ ص ٤٥٥ .

الغش يجب أن تكون المخالصة ثابتة التاريخ حتى يمكن الاحتجاج بها على المدين[1] .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" على أن الغير لا يظل محروما من حق الرجوع بما أداه . فالمدين الحقيقى وقد قضى دينه بفضل هذا الوفاء ، يلتزم قبله بالتعويض ، وفقا لأحكام الإثراء بلا سبب ، وقد يخشى فى حالة سقوط الدين بالتقادم، من تواطئ الدائن مع الغير على تصوير مخالصة يقدم تاريخها للإيهام بحصول الوفاء قبل انقضاء مدة السقوط ، وبذلك يكون التحايل قد هيأ للغير حق الرجوع على المدين ، ويلوح أنه ينبغى أن يكون للمخالصة تاريخ ثابت فى مثل هذه الحالة ، درءا لمثل هذا التحايل "[2].

---

(١) السنهورى ص ١٠٣٠ – عبد المنعم الصده ص ٦١٨ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٢ ص ٤٥٥ .

مــادة (١٨٥)

١- إذا كان من تسلم غير المستحق حسن النية فلا يلتــزم أن يرد إلا ما تسلم .

٢- أما إذا كان سئ النية فإنه يلتزم أن يـــرد أيضـــا الفوائـــد والأرباح التى جناها ، أو قصر فى جنيها من الشئ الذى تســلمه بغير حق ، وذلك من يوم الوفاء أو من اليوم الذى أصبح فيه سئ النية .

٣- وعلى أى حال يلتزم من تسلم غير المستحق برد الفوائــد والثمرات من يوم رفع الدعوى .

الشـــرح

أحكـام رد غير المستحق :

١٥٧- أولاً : إذا كان الموفى له حسن النية :

المقصود بحسن النية أن يكون الموفى له لا يعلــم أنـــه يتلقـــى الوفاء بما هو غير مستحق له .

ويفترض حسن النية لدى الموفى له ، وذلك طبقا للقواعد العامة فى الإثبات . إذ الأصل حسن النية . وعلى من يدعى خلاف ذلــك أن يثبت ما يدعيه . فلا يطالب الموفى له بإثبات حسن نيته، ولكــن الدافع هو الذى يطالب بإثبات سوء نية الموفى له إذا ادعى ذلك .

ويجوز له الإثبات بكافة الطرق ، لأن الإثبات ينصب على واقعة مادية .

وإذا كان الموفى له حسن النية وقت الوفاء ثم أصبح سئ النية بعد ذلك بأن علم أنه تلقى ما هو غير مستحق له ، فإنه يعتبر سئ النية من وقت علمه بذلك .

ويكون الرجوع عليه على أساس أنه حسن النية فى الفترة السابقة على العلم . وعلى أساس أنه سئ النية فى الفترة اللاحقة للعلم . وبطبيعة الحال إذا رفعت الدعوى على المدفوع له . فإنه يصبح عالما من وقت رفعها بأن ما تلقاه لم يكن مستحقا له ، ولذلك فهو يعتبر سئ النية من وقت رفع الدعوى [١].

وما يتسلمه الموفى له حسن النية إما أن يكون نقودا أو أشياء مثلية أو يكون شيئا معينا بالذات ، ونعرض لحكم ذلك فيما يأتى :

(أ) إذا كان المدفوع نقودا أو أشياء مثلية :

إذا كان المدفوع نقودا أو أشياء مثلية وجب على الموفى له أن يرد مقدارها ، ولا ينظر بالنسبة إلى النقود لما يكون قد أصاب سعرها من تغير (م١٣٤).

ولكونه حسن النية فهو لايرد شيئا من الفوائد لأنه تملكها

---

(١) سمير تناغو ونبيل سعد ص ٤٠٧ .

بالقبض وتطبيقا للمبدأ العام فى تملك الحائز حسن النية للثمار الذى أوردته المادة ٩٧٨ ، إلا أن تسوء نيته فيما بعد فيلزم بردهـا مـن الوقت الذى ساءت فيه نيته . وهذا هو على أى حال من تاريخ رفع الدعوى (١).

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" يلتزم من يتسلم غير المستحق برد ما يـؤدى إليـه . ولـيس ترتيب هذا الالتزام إلا تطبيقا للقواعد العامة فى الإثراء ، فمما لاريب فيه أن من يقبض غير المستحق يثرى دون سبب ، مادام وفاء مـن أدى قد وقع غير صحيح . وأقل قيمة ينبغى ردها هى مقدار المبلغ الذى سلم بغير حق . ومع ذلك فليس ثمة محل للمفاضلة بـين قـيم شتى، إذ الأمر ينحصر فى قيمة واحدة . فالمبلغ الذى يـدفع يمثـل قيمة ما أثرى به المدين ، وما نقص من مال الدائن ، فى آن واحد . وقد يجوز التفريق من بعض الوجوه بين قاعدة الإثراء بلا سـبب ، فى ذاتها ، وبين تطبيقها فى حالة دفع غير المسـتحق فيراعـى أن الإثراء بلا سبب يستلزم دخول ما يثرى به المدين فى ذمته المالية ، ولايلزم بالرد إلا بمقتضى التزام شخصى . وعلى النقيض من ذلك لايترتب على دفع غير المستحق ، انتقال ملك ما يؤدى دون حـق إلى المدين ودخوله فى ذمته ، ذلك أن هذا الوفـاء ، وهـو قابـل

---

(١) أحمد حشمت أبو ستيت ص ٥٤٩- مصطفى الجمال ص ٥٠٤ .

للبطلان بحكم الحال . لا يكون من شأنه نقل الملك. فالمدين يلتـــزم برد ما تلقى عينا لا بمقتضى التزام شخصى ، بل بمقتضى استحقاق الغيرله، على أن هذا الفارق الفقهى البحت لايحول دون اعتبار أحكام دفع غير المستحق تطبيقا لقاعدة الإثراء بلا سبب. من حيث مضمون الفكرة بوجه عام ، ومن المحقق أن من يتسلم غير المستحق يتعـــين عليه رده بمقتضى التزام يقع على عاتقه طبقا لهذه القاعـــدة ، دون أن يكون هناك محل للتفريق بين ما إذا كان من تسلم حسن النية أو سيئها ، وما إذا كان ما سلم من القيميات أو المثليات"(١).

(ب)- إذا كان المدفوع عينا معينة بالذات :

إذا كان المدفوع عينا معينة بالذات ، سواء فى ذلك أكانت مـــن المنقولات أو من العقارات ، فإن المدفوع لايصبح دينا فـــى ذمـــة الموفى له كما فى الحالة السابقة ، بل يبقى المـــدفوع علـــى ملـــك الموفى إذا كان سبب الوفاء لم يتحقق ، أو تعود ملكيته إلى الموفى إذا كان سبب الوفاء قد زال بعد أن تحقق .

وبالتالى يكون للموفى فى سبيل استرداد العين دعويان : دعوى عينية وهى دعوى الاستحقاق التى يرفعها الموفى بوصفه مالكـــا. والثانية دعوى شخصية وهى دعوى استرداد غيـــر المســـتحق ، والدعوى الأخيرة هى محل بحثنا فى هذا المقام .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـــ٢ ص ٤٥٩ ومابعدها .

فإذا كان المدفوع شيئا معينا بالذات، كأرض أو منزل أو حيوان التزم الموفى له برده عينا مادام قائما فى يده .

أما الثمار ، فلا يلتزم الموفى له بردها مادام حسن النية لأنه يتملكها بالقبض إلى اليوم الذى يصبح فيه سئ النية إلى يوم رفع الدعوى (م١٨٥ مدنى ، ٩٧٨ مدنى) .

أما بالنسبة للمصروفات ، فإنه يجب التفرقة بين ثلاثة أنواع من المصروفات :

(أ) المصروفات الضرورية التى أنفقها الموفى له على العين يستردها كلها من الموفى .

(ب) المصروفات النافعة التى أنفقها الموفى له على العين يخير الموفى بين أن يدفع ما أنفقه الموفى له من مصروفات ، وبين أن يدفع قيمة مازاد فى العين بسبب هذه المصروفات إلا إذا طلب الموفى له نزع ما استحدثه (م٩٢٥ مدنى) . وهذا الحكم تطبيق محض لقاعدة الإثراء خيث يرد الموفى له وهو المثرى فى هذه الحالة الأقل من قيمتى الإثراء والافتقار للموفى وهو المفتقر .

(ج) المصروفات الكمالية التى أنفقها الموفى له على العين فلا رجوع له بها على الموفى ، ولكن للموفى له نزع ما استحدثه منها بشرط إعادة العين إلى حالتها الأولى ، إلا إذا رأى الموفى استبقاءها مع دفع قيمتها مستحقة الإزالة (م٩٨٠ مدنى).

وفى حالة هلاك العين أو تلفها أو ضياعها يطبق حكم المـادة ٩٨٣ مدنى وهى التى تقرر القاعدة العامة فى هذا الشأن . فإذا كان الموفى له حسن النية فلا يكون مسئولا عن هذا الهلاك أو التلف أو الضياع إلا إذا وقع ذلك بخطأ منه . ويقع إثبات هذا الخطـأ علـى الموفى .

وإذا انتفع الموفى له بالشئ وفقا لما يحسبه من حقـه . وهلـك الشئ أو تلف أو ضاع ، فلا يكون مسئولا عن ذلك إلا بقدر ما عاد عليه من فائدة ترتبت على هذا الهلاك أو التلف أو الضياع . كما إذا انتفع بأنقاض منزل فى بناء منزل آخـر . وللمـوفى فـى جميـع الأموال أن يسترد الشئ التالف .

أما إذا تصرف الموفى له فى العين قبل أن يعلم بأنـه ملـزم بردها فإنه يتعين التفرقة فى حكم ذلك بين علاقة الموفى والموفى له ، وعلاقة الموفى بالغير .

ففيما يتعلق بالعلاقة بين الموفى والموفى لـه ، فـإن الأمـر يتوقف على ما إذا كان التصرف فى العـين بعـوض ، أو بغيـر عوض ، ففى الحالة الأولى يلتزم الموفى له أن يرد للمـوفى قـدر العوض الذى أخذه فإن لم يكن أخذه وجـب أن يحـول حقـه فـى المطالبة به إلى الموفى . وفى الحالة الثانية لايلتزم الموفى له بشئ فى مواجهة الموفى .

وفما يتعلق بالعلاقة بين الموفى والغير الذى انتقلت إليه العين من الموفى له . فإن مقتضى القواعد العامة أن التصرف الصادر من الموفى له إلى الغير لايحتج به فى مواجهة الموفى لأنه تصرف صادر من غير مالك وسواء فى ذلك أن يكون هذا التصرف معاوضة أو تبرعا .

وعلى ذلك يجوز للموفى أن يسترد العين من الغير بدعوى الاستحقاق ، إلا أن يكون ذلك الغير قد كسب ملكية العين بسبب آخر من أسباب اكتساب الملكية كالتقادم فى العقار ، وكالحيازة بحسن نية فى المنقول .

ولن يضار الموفى فى الحالة الأخيرة . إذا كان التصرف الصادر إلى الغير بعوض .لأنه سيسترد هذا العوض من الموفى له ، أما إذا كان التصرف بغير عوض فيتحقق الضرر ، لأنه لا رجوع له على الموفى له بدعوى غير المستحق لأن الموفى له حسن النية وقد صدر التصرف منه بطريق التبرع ، ولا رجوع له كذلك بدعوى الإثراء بلا سبب على الغير لأن لهذا الإثراء سببا وهو التبرع الصادر إلى الغير وهذا الحكم تمليه القواعد العامة وإن كان مجافيا للعدالة (١).

---

(١) نبيل إبراهيم سعد فى النظرية العامة للالتزام الجزء الأول طبعة ٢٠٠١ ص ٥١٥ ومابعدها .

١٥٨ـ ثانيا: إذا كان الموفى سئ النية :

(أ) إذا كان المدفوع نقودا أو أشياء مثلية :

إذا كان الموفى به نقودا وجب على الموفى له سئ النية أن يرد مقـدار النقود التى تسلمها ، مع تعـويض الموفى عن تغيير سعر النقد .

وإذا كان الموفى به أشياء مثلية وجب عليه رد مقدارها .

وفى الحالتين يلتزم الموفى له بفوائد وثمرات الموفى بـه لأنـه سئ النية وقد نصت المادة ٢/١٨٥ مدنى على أنه : " إذا كان سـئ النية فإنه يلتزم أن يرد أيضا الفوائد والأرباح التى جناها ، أو التى قصر فى جنيها من الشئ الذى تسلمه بغير حق ، وذلك مـن يـوم الوفاء أو من اليوم الذى أصبح فيه سئ النية " .

(ب) إذا كان الموفى به عينا معينة بالذات :

إذا كان الموفى به عينا معينة بالذات ، فإن الموفى له سئ النية يلتزم برد العين مادامت قائمة فى ذمته .

كما يلتزم برد الثمار التى قبضها فعلا أو التى قصر فى قبضها، وفى ذلك تقول المادة ٩٧٩ التى تقرر القاعدة فى هذا الخصـوص "يكون الحائز سئ النية مسئولا من وقت أن يصبح سئ النية عـن جميع الثمار التى قبضها والتى قصر فى قبضها . غير أنه يجـوز أن يسترد ما أنفقه فى إنتاج هذه الثمار ".

أما المصروفات فإن كانت ضرورية استردها الموفى له كلها (م٩٨٠/١ مدنى) وإن كانت نافعة فللموفى أن يطلب إزالة ما استحدثه الموفى له منها أو أن يطلب استبقاءه مقابل دفع قيمته مستحق الإزالة أو دفع مبلغ يساوى مازاد فى قيمة العين بسبب هذه المصروفات (٩٨٠/٢، م٩٢٩ مدنى) ، وإن كانت كمالية فلا يرجع بشئ على الموفى ، وإن كان له أن ينزع من العين ما استحدث منها بشرط أن يعيدها إلى حالتها الأولى ، إلا إذا اختار الموفى أن يستبقيه مقابل دفع قيمته مستحق الإزالة (م٩٨٠/٣ مدنى) .

أما إذا هلكت العين أو تلفت أو ضاعت فى يد الموفى له فإنه يكون مسئولا عما أصاب العين من هلاك أو تلف حتى لو كان ذلك بقوة قاهرة ، ولا يعفيه من ذلك إلا أن يثبت أن الشئ كان يهلك أو يتلف ولو كان باقيا فى يد الموفى . وذلك تطبيقا للمبدأ العام الذى أورده المشرع فى المادة ٩٨٤ التى تقضى بأن : " إذا كان الحائز سئ النية فإنه يكون مسئولا عن هلاك الشئ أو تلفه ولو كان ذلك ناشئا عن حادث مفاجئ ، إلا إذا ثبت أن الشئ كان يهلك أو يتلف ولو كان باقيا فى يد من يستحقه ".

أما إذا تصرف الموفى له فى العين مع علمه بالتزامه بردها أى كان سئ النية وجب عليه ردها باسترجاعها من الغير المتصرف إليه ، فإن لم يستطع كان الموفى مخيرا بين قيمة العين

وبين العوض الذى أخذه فى مقابلها ، فإذا كـان التصـرف بغيـر عوض فليس أمام الموفى إلا الرجوع بقيمتها على الموفى له .

أمّا فى العلاقة بين الموفى والغير ، فلا يحـتج علـى المـوفى بالتصرف الصادر إلى الغير من الموفى له ويسـتطيع المـوفى أن يرجع على الغير بدعوى الاستحقاق ، إلا أن يكون الغير قد كسـب العين بسبب آخر فلا يجوز له أن يرجع عليه بدعوى الإثراء سواء كان التصرف بعوض لأنه استرجع هذا العوض من الموفى لـه أو كان بغير عوض لأن للإثراء سبب وهو التبرع [1].

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" أما فيما يتعلق بثمرات الشئ الذى سلم ، فثمة محل للتفريـق بين من قبض بحسن نية ومن قبض بسوء نية . فـلا يلـزم الأول بالثمرات أو الفوائد إلا من وقت رفع الدعوى ، لأنه يمتلك الثمرات مادام حسن النية وفقا للقواعد العامة . أما سئ النية فيلـزم علـى نقيض ذلك برد الفوائد أو الأرباح التى حصل عليها ، أو كان بوسعه أن يحصل عليها ، من الشئ ، من وقت القبض أو من الوقت الذى أصبح فيه سئ النية ، وهذا أيضا تطبيـق للقواعـد العامـة ، لأن الحائز سئ النية لا يكون له حق فى الثمرات ، ويراعى فى الحالـة

---

(١) عبد المنعم الصده ص ٦١٤ – نبيل إبراهيم سعد ص ٥١٨ .

الأخيرة أنه إذا كان الشئ المقبوض مبلغا من النقــود فيلتــزم مــن قبضه برد الفوائد محتسبة على أساس السعر المقرر فى القــانون ، حتى قبل رفع الدعوى ، وهذه حالة من حالات الاســتثناء النــادرة التى ترد على قاعدة عدم استحقاق الفوائد القانونية إلا مــن تــاريخ رفع الدعوى "[1].

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " الأصل أن الفوائد لا تكون مستحقة إلا من يوم المطالبــة الرسمية ، لكن المادة ١٤٦ من القانون المدنى قد نصت - خلافــا لهذا الأصل- على إلزام من يأخذ مبلغا ، وهو عالم بعدم اســتحقاقه إياه ، بفوائده من يوم تسلمه له . وإذن فلا مخالفــة للقــانون فــى القضاء بإلزام المقرض بالربا الفاحش بفوائد المبالغ المحكوم عليــه بردها محسوبة من تاريخ قبضها ".

(طعن رقم ٤٩ لسنة ٩ ق جلسة ١٩٤٠/٥/٩)

٢- " استقر قضاء محكمة النقض على أنه ما لم يوجــد نــص صريح يعفى مصلحة الضرائب من الفوائد المطلوبــة منهــا عــن المبالغ التى يحكم عليها بردها لتحصيلها من الممول بغير حق فــلا يجوز رفض طلب هذه الفوائد بسعرها القانونى من تاريخ المطالبــة

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٢ ص ٤٦٠ .

الرسمية وفقا لنص المادتين ١٢٤ من القانون المدنى القديم و٢٢٦ من القانون المدنى الجديد حتى تاريخ انتهاء ترتب هذه الفوائد فى ذمة مصلحة الضرائب ، وأن مركزها فى هذا الشأن لايختلف عن مركز أى مدين يحكم عليه برد مبلغ من النقود بغير حق فيلزم بفوائد التأخير القانونية . ولا عبرة فى هذا الخصوص بحسن نية المصلحة عند جباية الضريبة متى كان الثابت أن المصلحة قد حصلت من الممول أكثر من استحقاقها ، ولايجوز التحدى بالقانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٥٠ المعدل للمادة ١٠١ من القانون رقم ١٤ لسنة ١٩٣٩ تعديلا من مقتضاه عدم جواز الحكم على مصلحة الضرائب بفوائد عن المبالغ التى يحكم بردها للمولين ذلك أن هذا التشريع مستحدث ليس له أثر رجعى ".

(طعن رقم ٣٥٩ لسنة ٢٤ ق جلسة ١٩٥٩/٦/٤)

٣- " يدل نص المادة ١٨٥ من القانون المدنى على أن المشرع قد أوجب على من تسلم غير المستحق رد ما حصل عليه مضافا إليه الفوائد متى كان سئ النية وقد اعتبره المشرع كذلك من الوقت الذى ترفع عليه دعوى غير المستحق ".

(طعن رقم ٨٩٩ لسنة ٥٢ ق جلسة ١٩٨٦/٤/٣)

١٥٩ـ لاتقوم دعوى رد المستحق إذا وجدت علاقة عقدية :
وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" من المقرر أنه حيث تقوم بين طرفى الخصومة رابطة عقدية ، فلا قيام لدعوى الإثراء بلا سبب والذى من تطبيقات رد غير المستحق بل يكون العقد وحده هو مناط تحديد حقوق كل منهما والتزاماته قبل الآخر ، إذ يلزم لقيام هذه الدعوى ألا يكون للإثراء الحادث أو للافتقار المترتب عليه سبب قانونى يبرره ".

(طعن رقم ٩٣ لسنة ٣٨ ق جلسة ١٩٧٣/٤/٣)

مـــادة (١٨٦)

إذا لم تتوافر أهلية التعاقد فيمن تسلم غير المستحق فلا يكون ملتزما إلا بالقدر الذى أثرى به .

الشـــرح

١٦٠ـ نطاق التزام ناقص الأهلية برد غير المستحق :

لو أننا أخذنا بالأصل الوارد فى القاعدة العامة للإثراء بلا سبب لما كان لنقص أهلية الموفى له أثر فى مدى التزامه برد ما أخذ لأنه طبقا لهذه القاعدة لا يشترط فى المثرى أهليـــة مـــا ، لأن مصـــدر التزامه واقعة مادية هى واقعة الإثراء . لكن القانون لـــم يلتـــزم – رعاية لمصلحة ناقص الأهلية – هذا الأصل وقضى بعـــدم التـــزام ناقص الأهلية إلا بالقدر الذى أثرى به . وفى هذا خروج كذلك عن خاصية تعادل قيمتى الإثراء والافتقار التى يتميز بهـــا دفـــع غيـــر المستحق– برد ما أخذ إلا فى حدود ما عاد عليه من منفعة ، وبعـــد أن يقيم الموفى الدليل على المنفعة التى حققها ناقص الأهلية .

وينبنى على ذلك أنه إذا كان ناقص الأهلية قد تسلم عينا معينـــة بالذات فهلكت العين أو تلفت أو ضاعت بغير خطئه ، لا يكون ملزما بشئ قبل الدافع حتى لو كان سئ النية ، لأنه ما فقده دون أن ينتفع به لايدخل فى تقدير إثرائه وفقا للمبدأ العام فى قاعدة الإثراء . أمـــا إذا كان الهلاك أو التلف أو الضياع قـــد وقع بخطئه فإنـــه يلتـــزم بالتعويض لأن ناقص الأهلية يلزم بالخطأ .

وإذا تبرع ناقص الأهلية بالعين التى تسلمها دون حق ، لم يرجع الدافع عليه بشئ لأنه لم ينتفع بالعين ، حتى لو كان سئ النية وقت أن تبرع [(١)].

ويعتبر مفيدا ما يصرفه ناقص الأهلية فى ضروررياته أوفى كمالياته المعقولة التى يحصل عليها أمثاله دون أن يعتبروا مبذرين بالنظر إلى حالتهم الاجتماعية ودرجة تعليمهم ومقدار ثروتهم . كما يعتبر مفيدا ما يصرفه ناقص الأهلية على حاجيات أسرته . كذلك يعتبر مفيدا ما يصرفه فى أتعاب الطبيب فى معالجته ويعتبر غير مفيد ما يبذره ناقص الأهلية فى ملاهيه أو فى المقامرة أو فى شراء أشياء غير مفيدة ولا تتناسب مع حالته الاجتماعية ومقدار ثروته ، ومن باب أولى إذا كان ذلك فى شراء أشياء ضارة ، كالمواد المخدرة ونحوها [(٢)].

وجاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" لايشترط للالتزام برد ما سلم بغير حق أن يكون المدين أهلا للتعاقد .

ذلك أنه لا يلتزم التزاما إراديا بل ينشأ التزامه برد ما أدى إليه عن واقعة تسلمَ ما لم يكن مستحقا له . ولكن إذا كان من تسلم الشئ

---

(١) السنهورى ص ١٠٢٧ ومابعدها – مصطفى الجمال ص ٥٠٥ ومابعدها.

(٢) أحمد حشمت أبو ستيت ص ٥٥٤ هامش (٢) .

غير كامل الأهلية فلا يكون التزامه التزام كامل الأهلية من حيث المدى بمنزله سواء . فيجوز أن يلزم كامل الأهلية بما يربو على قيمة ما أثرى به ، وبوجه خاص فى حالة ضياع الشئ (المادة ٢٥٦) وحالة التصرف فيه بسوء نية (المادة ٢٥٨) أما ناقص الأهلية فلا يلتزم على النقيض من ذلك إلا بقيمة ما أثرى به ، ولو كان سئ النية ، ولايلزم بشئ ما إذا فقد ما تسلمه بحادث فجائى . وهو لايؤدى كذلك إلا ما قبض من عوض ، إذا تصرف فيما تسلم بسوء نية دون أن يلزم برد الشئ عينا أو بأداء قيمته على نحو ما يلزم بذلك كامل الأهلية .

وتستثنى من حكم القاعدة المتقدمة ، حالة تسلم ناقص الأهلية لشئ معين بالذات فهو يلزم برده عينا مادام قائما ولو أنه لم يثر منه ، باعتبار أنه لم يدخل فى ذمته ، وهذا هو ما قصد من التحفظ الخاص بالمادة ٢٥١ " [١].

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " نيابة الولى عن القاصر هى نيابة قانونية ، ويتعين عليه حتى ينصرف أثر العمل الذى يقوم به إلى القاصر أن يكون هذا الغمل فى حدود نيابته أما إذا جاوز الولى هذه الحدود فإنه يفقد

---

(١) مذكرة المشروع التمهيدى جـ٢ ص ٤٦١ ومابعدها .

صفة النيابة ولاينتج العمل الذى قام به أثره بالنسبة إلـى القاصـر ولايجوز الرجوع على هذا الأخير إلا بقدر المنفعة التى عادت عليه بسببها ".

(طعن رقم ٥٠٨ لسنة ٤٢ ق جلسة ١٩٧٧/١/٣١)

٢- " تنص الفقرة الثانية من المادة ١٤٢ من القانون المـدنى على أن ناقص الأهلية لا يلزم - إذا أبطل العقد لنقص أهليته - أن يرد غير ما عاد عليه من منفعة بسبب تنفيذ العقد ، بمـا يعنـى أن الرد فى هذه الحالة لا يكون واجبا إلا وفقا لقواعد الإثراء بلا سبب وهو ما نصت عليه المادة ١٨٦ من ذات القانون بقولها إنه إذا لـم تتوافر أهلية التعاقد فيمن تسلم غير المستحق فلا يكون ملتزمـا إلا بالقدر الذى أثرى به ، بما يفصح عن أن المشرع قرر قصر التزام المشترى ناقص الأهلية بالرد على قدر النفع الحقيقى الذى عاد عليه فلا يلزم برد ما أضاعه أو أنفقه فى غير مصلحته " .

(طعن رقم ٤٥٠ لسنة ٤٦ ق جلسة ١٩٧٩/٣/١٥)

١٦١ـ إثبات إثراء القاصر :

يقع على عاتق الموفى وهو المفتقر ، أن يثبت أن القاصر قـد أثرى بالوفاء وأن يثبت مقدار هذا الإثراء .

ويجوز له الإثبات بكافة الطرق ، لأن الإثبات ينصب على واقعة مادية [١].

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" عبء الإثبات فى بيان أن ناقص الأهلية قد أثرى وفى تقدير مدى إثرائه يقع على الدافع الذى يطلب رد ما دفع ، فإن عجز عن الإثبات كان ذلك موجبا فى ذاته لرفض طلبه ".

(طعن رقم ٤٥٠ لسنة ٤٦ ق جلسة ١٩٧٩/٣/١٥)

---

(١) سمير تناغو ونبيل سعد ص ٤١٠ – عبد المنعم الصده ص ٦١٧ – المستشار أنور العمروسى ص ٥٢١ .

مـادة (١٨٧)

تسقط دعوى استرداد ما دفع بغير حق بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذى يعلم فيه من دفع غير المستحق بحقه فى الاسترداد ، وتسقط الدعوى كذلك فى جميع الأحوال بانقضاء خمس عشرة سنة من اليوم الذى ينشأ فيه هذا الحق .

الشــرح

١٦٢ ـ سقوط دعوى استرداد ما دفع بغير حق :

تتقادم دعوى استرداد ما دفع بغير حق إما : أولا : بمضى ثلاث سنوات تبدأ من تاريخ علم الدافع بحقه فى الاسترداد ، إذ يعتبر فى هذه الحالة لا عذر له إذا هو أهمل فى رفع الدعوى ، فهو متى علم بأنه دفع دينا غير مستحق فيتعين عليه المطالبة باسترداده فى خلال ثلاث سنوات من وقت العلم حتى ولو كان المدفوع له سئ النية وحتى لو استعمل طرق الغش للاستيلاء على ما أخذ [١].

---

(١) المستشار محمد عبد اللطيف التقادم المكسب والمسقط الطبعة الثانية ١٩٦٦ ص ٥٩٨ – غير أن محكمة النقض قضت بعكس ذلك فى ظل التقنين المدنى القديم **إذ قضت بتاريخ ١٩٣٩/٣/٢٣ فى الطعن رقم ٨٨ لسنة ٨ ق بأن :**

" إذا كانت المحكمة قد ارتكنت فى قضائها للمدعى على المدعى عليه برد ما استلبه بطريق الغش على ما حصلته من فهم الواقع فى الدعوى والتحقيقات المتعلقة بها من أنه قد استعمل أساليب الغش حتى استخلص

وهو إذا كان وقع فى غلط فقد يتأخر علمه بذلك إلى وقت طويل بعد الدفع ، أما إذا كان قد دفع وهو مكره على ذلك أو وهو ناقص الأهلية فإنه يعلم بحقه فى الاسترداد من تاريخ الدفع .

وإما ثانياً : بمدة خمس عشرة سنة تبدأ من الوقت الذى ينشأ فيه الحق فى الاسترداد ، أى من وقت الدفع .

والدعوى تسقط إذن بأقصر الأجلين : ثلاث سنوات من اليوم الذى يعلم فيه الدافع بحقه فى الاسترداد أى يوم علمه بأنه دفع ديناً غير مستحق عليه . أو خمس عشرة سنة من يوم قيام الالتزام .

وعادة تكون مدة ثلاث السنوات هى أقرب الأجلين ، ولكن يحدث فى حالات نادرة ، كما إذا لم يتيسر للموفى هذا العلم إلا بعد ثلاث عشرة سنة من يوم الدفع فإن الدعوى تسقط بمضى سنتين فحسب من هذا العلم .

لنفسه من المدعى بلا وجه حق ولا مسوغ المبلغ الذى ألزمته برده ، فإن ذلك كاف وحده لصحة قضائها دون حاجة لبحث وتكييف العلاقة القانونية التى توسل بها الخصم إلى التدليس الذى ارتكبه . وإذن فلا يقبل الدفع بسقوط هذه الدعوى لمضى خمس سنين على اعتبار أن المعاملة بين المدعى والمدعى عليه إنما كانت تجارية لأن الغش الذى أثبتت المحكمة وقوعه يهدم كل اعتبار لهذه المعاملة " .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" النص فى المادة ١٦٠ من القانون المدنى على أنــه إذا فســخ العقد أعيد المتعاقدان إلى الحالة التى كانا عليها قبــل العقــد فــإذا استحال ذلك جاز الحكم بالتعويض ". وفى المادة ١٨٢ منه على أنه يصح استرداد غير المستحق إذا كان الوفاء قد تم تنفيذا لالتزام لــم يتحقق سببه أو لالتزام زال سببه بعد أن تحقق . وفى المــادة ١٨٧ منه على أن تسقط دعوى استرداد ما دفع بغير حق بانقضاء ثــلاث سنوات من اليوم الذى يعلم فيه من دفع غير المستحق بحقــه فــى الاسترداد مفاده أن فسخ عقد البيع يترتب عليه انحلاله بأثر رجعى منذ نشوئه ويعتبر كأن لم يكن ويعاد كل شئ إلى ما كان عليه مــن قبل ، وأن حق البائع فى استرداد المبيع من المشترى يقــوم تبعــا لذلك على أساس استرداد ما دفع بغيــر وجــه حــق ، ولا تكــون المطالبة باسترداد المبيع أو بالتعويض عنه فى حالة اســتحالة رده كأثر من الآثار المترتبة على الفسخ ممكنا إلا بعد التقرير به بحكــم نهائى إذ من هذا التاريخ يبدأ سريان التقادم القصــير المنصــوص عليه فى المادة ١٨٧ من القانون المدنى ".

(طعن رقم ١٠٣٨ لسنة ٥٥ ق جلسة ١٩٩١/٣/٢٨)

٢- " المقرر أنه إذا كان المبلغ المطالب برده تــم تحصــيله بحق باعتبار أنه مستحقاً عند الوفاء به ثم صدر قانون أزال السبب

الذى كان مصدراً له أصبح بقاءه تحت يد من حصله – بعد صدور هذا القانون – بغير سند ويحق للموفى استرداده باعتباره ديناً عادياً يسقط الحق فى اقتضائه بمدة التقادم المنصوص عليها فى المادة ٣٧٤ من القانون المدنى ".

(طعنان رقما ١٧١٦، ١٨٦١ لسنة ٥١ ق جلسة ١٩٩٢/٤/١٩)

٣- " مفاد نص المادة ١٨٧ من القانون المدنى أن الحق فى الاسترداد يسقط بالتقادم بانقضاء أقصر المدتين إما بانقضاء ثلاث سنوات تسرى من اليوم الذى يعلم فيه الدافع بحقه فى الاسترداد أو بانقضاء خمس عشرة سنة من يوم قيام الالتزام أى من يوم الوفاء به" .

(طعنان رقما ١٧١٦، ١٨٦١ لسنة ٥١ ق جلسة ١٩٩٢/٤/١٩)

٤- " لما كان الواقع الثابت فى الدعوى أن مكتب الشهر العقارى بالجيزة حصل المبلغ المطالب برده من المطعون عليه باعتباره فرق رسم نسبى تبرع نفاذا لتعليمات مصلحة الشهر العقارى السارية فى ١٩٧٨/٥/١١ فإنه يكون قد حصله بحق استنادا إلى تلك التعليمات وذلك إلى أن صدر قرار آخر من المصلحة رقم ٣ لسنة ١٩٧٨ فى ١٩٧٨/٥/١٥ بإلغاء ما تم تحصيله من المطعون عليه وكان الثابت أيضا أنه لم تنقض مدة خمسة عشر عاماً من تاريخ صدور قرار المصلحة فى ١٩٧٨/٥/١٥ وحتى رفع الدعوى

بتاريخ ١٩٨٥/١/٢٢ فإن الحق فى طلب استرداد المبلغ موضـوع التداعى لا يكون قد سقط بالتقادم وإذ قضى الحكم المطعـون فيـه برفض الدفع بالتقادم يكون قد انتهى إلى النتيجـة الصـحيحة فـى القانون ".

(طعن رقم ٧٣٦ لسنة ٥٩ ق جلسة ١٩٩٦/٣/٣)

٢ـ الفضالة

مادة (١٨٨)

الفضالة هى أن يتولى شخص عن قصد القيام بشأن عاجل لحساب شخص آخر ، دون أن يكون ملزما لذلك .

الشرح

١٦٣ـ المقصود بالفضالة :

الفضالة هىقيام شخص عن قصد، ودون أن يكون ملزما بذلك، بشأن عاجل لحساب شخص آخر .

ومع أن الفضالة تنطوى على تدخل الشخص فى شئون غيره ، إلا أن القانون يقرها ويرتب عليها آثارا قانونية معينة ، وذلك لما تحققه لصالح الفرد والجماعة من تلافى إهمال الأفراد فى رعاية شئونهم . لكن القانون المدنى قد وضع لها الحدود والضوابط بما لا يسمح للشخص أن يتدخل فى شئون غيره إلا بالقدر الضرورى الذى تدعو إليه الشئون العاجلة لهذا الغير .

والفضالة واقعة إرادية يرتب عليها القانون آثار قانونية . فهى لذلك عمل قانونى ولكنها ليست تصرفا قانونيا. فالتصرف القانونى، على خلاف العمل القانونى ، يقوم على اتجاه الإرادة على ترتيب آثار قانونية ، أما العمل القانونى فليس قوامه الإرادة كما هو الحال فى التصرف القانونى ، وإنما يرتب القانون الآثار القانونية دون أن

يحفل القانون باتجاه الإرادة إلى ذلك أو عـدم اتجاههـا . ولـذلك فالقانون يرتب الأثر القانونى على عمل الفضولى سـواء اتجهـت إرادة الفضولى إلى ذلك أو لم تتجه [١].

والفضالة تطبيق خاص للقاعدة العامة فى الإثراء بلا سـبب. إذ أن الفضولى يعمل لتحقيق منفعة للغير دون أن يكون لهذه المنفعـة سبب فى علاقة قانونية سابقة ، وهذه هى مقومات الإثراء بلا سبب. ومع ذلك فإن هناك فارقا جوهريا فى هذا الشأن ، حيث إنـه فـى الإثراء بلا سبب لا يطلب عند المفتقر أى قصد إلى تحقيق منفعـة للغير ، بينما فى الفضالة يفتقر الفضولى طوعا بقصد خدمة مصلحة رب العمل . وتترتب على هذا الفارق نتيجة هامة ، هى أن المفتقر فى الإثراء بلا سبب لا يستطيع أن يحصل على تعـويض يجـاوز الإثراء الذى تحقق ، بينما يجب على رب العمل ، ولو لـم تتحقـق النتيجة المرجوة مما قام به الفضولى ، أن ينفذ التعهدات التى عقدها الفضولى لحسابه وأن يعوضه عن التعهدات التى التزم بها والنفقات الضرورية النافعة التى تسوغها الظروف والضرر الذى لحقه بسبب قيامه بالعمل . ومن هذا نجد أن حقوق الفضولى قبل رب العمـل أوسع مدى من حقوق المفتقرفى الإثراء بلا سبب [٢].

---

(١) نبيل إبراهيم سعد ص ٥٢٢ .

(٢) ولم يرد فى التقنين المدنى القديم سوى نص واحد فى الفضالة هو نـص المادة ١٤٤/٢٠٥ التى جرت على أن :

١٦٤ـ أركـان الفضـالة :

للفضالة أركان ثلاثة هى :

١- ركن مادى وهو أن يتدخل شخص (فضولى) فــى شــئون غيره فيقوم له بعمل عاجل .

٢- ركن معنوى هو أن يقصد الفضولى رعاية مصلحة غيره.

٣- ركن قانونى هو ألا يكون الفضولى ملتزمــا بالقيــام بهــذا العمل أو موكلا بالقيام به أو ممنوعا من مباشرته .

ونعرض لهذه الأركان الثلاثة بالتفصيل فيما يلى :

١٦٥ـ الركن الأول :

ركن مادى وهو أن يتدخل شخص (فضولى) فـى شـئون غيره فيقوم له بشأن عاجل :

الركن المادى فى الفضالة هو قيام الفضــولى بشــأن عاجــل لحساب رب العمل ، وقد يتم هذا **فى شكل تصرف قانونى أو عمل مادى** .

" من فعل بالقصد شيئا تترتب عليه منفعة لشخص آخر ، فيستحق على ذلك الشخص مقدار المصاريف التى صرفها والخسارات التى خسرها، بشرط ألا تتجاوز تلك المصاريف والخسارات قيمة ما آل إلــى ذلــك الشخص من المنفعة " . وهذا النص مبهم مضطرب المعنى ، فهو ليس صريحا فى الانصراف إلى الفضالة فى خصوصها ، ولا هو يتمخض لتقرير قاعدة الإثراء بلا سبب فى عمومها . وقــد أزالــت نصــوص القانون الجديد هذا الإبهام والاضطراب (السنهورى ص ١٠٣٤).

١- تصرف قانونى : عندما يكون الركن فى الفضالة فى صورة عمل قانونى ، فإنه يقترب بذلك من الركن المادى فى الوكالة . إذ أن محل الوكالة هو القيام بتصرف قانونى باسم الموكل ولحساب ، وكثيرا ما تتحقق الفضالة فى صورة خروج على قواعد الوكالة . فالوكيل الذى يتجاوز حدود وكالته يصبح فضوليا فيما يباشره من تصرفات . والوكيل الذى يستمر فى مباشرة وكالته بعد انتهاء مدتها إنما يقوم بذلك على سبيل الفضالة . ولكن لايشترط بطبيعة الحال أن يكون الفضولى وكيلا تجاوز حدود وكالته أو استمر فيها بعد انتهائها . وإنما تتحقق الفضالة ولو لم تكن للفضولى علاقة سابقة برب العمل ، ولكنه باشر تصرفا قانونيا لمصلحته .

ومثال ذلك أن يبيع محصول لشخص آخر خشية أن يسرع إلى التلف . أو أن يقبل هبة موجهة لرب العمل . أو أن يدفع ضريبة مقررة على رب العمل حتى يجنبه إجراءات الحجز الإدارى .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" الفضالة باعتبارها من مصادر الالتزام تتحقق طبقا لما تنص عليه المادتان ١٨٨، ١٨٩ من التقنين المدنى كلما تولى الشخص عن قصد أثناء توليه شأنا لنفسه القيام بعمل عاجل لحساب غيره لما بين الشأنين من ارتباط لا يمكن القيام بأحدهما منفصلا عن الآخر".

(طعن رقم ٥٦٢ لسنة ٤٠ ق جلسة ١٩٧٧/٤/١٨)

٢- عمل مادى :

قد تتمثل الفضالة فى عمل مادى كأن يطفئ الفضولى حريقا شبت فى منزل رب العمل أو ينقى زرعا له من حشرة ضارة أو أن يكبح جماح فرس كاد أن يلقى براكبه .

١٦٦ـ شأن عاجل وضرورى لرب العمل :

سواء كان العمل الذى قام به الفضولى تصرفا قانونيا أو ماديا، فإنه يجب فى العمل الذى يقوم به الفضولى صفة الضرورة والاستعجال . ويتحقق هذا الشرط إذا كان التصرف من التصرفات الضرورية التى ما كان رب العمل ليتوانى عن القيام بها لو تواجد فى نفس الموقف الذى قام فيه الفضولى بهذا العمل [١].

وطبقا لهذا الميعار لا يكفى أن يكون العمل مفيدا لرب العمل حتى يحق لشخص آخر أن يقوم به ، ويستفيد بعد ذلك من أحكام الفضالة فى الرجوع على رب العمل . فلا يجوز لشخص أن يقوم بقسمة أرض شائعة بين ملاك على الشيوع حتى يجنبهم مضار الشيوع . أو يطالب بالشفعة فى العقار المبيع باسم الشخص صاحب الحق فى الشفعة ، أو أن يشترى منزلا أو أرضا لحساب شخص لمجرد أن الصفقة رابحة، أو أن يقوم بالبناء على أرض الغير حتى يتمكن الغير من استغلال أرضه على أحسن وجه. فكل هذه التصرفات وإن كانت نافعة إلا أنها ليست ضرورية ، وإذا قام

---

(١) السنهورى ص ١٠٣٩ ومابعدها – سمير تناغو ونبيل سعد ص ٤١٥ .

بها شخص غير صاحب الشأن فإنها لاتنفذ فى حقه ، بل إنهـا قـد تستوجب المسئولية التقصيرية إذا اتسمت بالتسرع والخطـأ ونـتج منها ضرر لرب العمل .

وجاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" ثانيا – أن يكون ما يتصدى له الفضولى " شأنا عاجلا" فليس يكفى لتبرير الفضالة أن يكون التصدى نافعا أو مفيدا ، بل لابـد أن يكون ضروريا " (١).

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " إذا كان المشترى قد دفع إلى أخى البالغ مبلغا من أصـل ثمن المبيع فقام هذا بدفعه إلى صاحب حق امتياز على المبيع وتولى شطب حق الامتياز فاعتبرت المحكمة ذلك عملا من فضولى استفاد منه المشترى والبائع فى محو ما كان مثقلا به العقار المبيع وفـى تسوية علاقتهما المالية الناشئة من عقد البيع باحتساب هـذا المبلـغ ضمن المبالغ المسددة في المشترى إلى البائع فليس فـى هـذا مـا يخالف المادة ١٤٤ من القانون المدنى القديم ، إذ لا جدال فـى أن البائع قد استفاد من شطب حق الامتياز فيكون ملزما بقيمته المسددة حتى لايثرى على حساب المشترى بغير سبب ".

(طعن رقم ٩٩ لسنة ١٨ ق جلسة ١٩٥٠/٥/٤)

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٢ ص ٤٧١ .

٢- " لا يكفى لتبرير قيام الفضالة ، وعلى ما جاء بالمذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى للقانون المدنى تعليقا على المادة ١٨٨ منه أن يكون ما يتصدى له الفضولى نافعا أو مفيدا بل لابد أن يكون ضروريا أى شأنا عاجلا ما كان رب العمل ليتوانى عن القيام به " .

(طعن رقم ٣٢١ لسنة ٣٨ ق جلسة ١٩٧٤/١/٢٨)

وترتيبا على ما تقدم قضت محكمة النقض بأن :

" يشترط لقبول الدعوى أن يكون كل من المدعى والمدعى عليه أهلا للتقاضى ، وإلا باشرها من يقوم مقامهما . وإذ كان الثابت من عقدى البيع المسجلين أن ... اشترى بوصفه وليا طبيعيا على أولاده القصر حصتهم فى الأعيان المبيعة بالعقدين المذكورين وأن والدتهم ... دفعت ثمنها من مالها الخاص تبرعا منها لهم ، فإن قيام الشفيع بتوجيه دعوى الشفعة إليها دون والدهم الذى له الولاية عليهم يجعل الدعوى غير مقبولة بالنسبة لهم ، ولايجدى الحكم المطعون فيه استناده إلى المادة ١٩٥ من القانون المدنى ، والقول بأن والدة القصر كانت فضولية تعمل لصالحهم ، إذ فضلا عن أن قيامها بدفع الثمن عنهم لم يكن أمرا عاجلا ضروريا – فإن ذلك لايخولها حق تمثيلهم فى التقاضى ".

(طعن رقم ١٧٦ لسنة ٣٨ ق جلسة ١٩٧٣/١١/٢٩)

كما أن الإقرار بالتخالص لا يعد مـــن الشـــئون الضـــرورية بالنسبة لرب العمل.

وفى هذا قضت محكمة النقض بـأن :

" إذا كان صحيحا أن قبض الدائن قيمة الشيك الذى استلمه آخر من المدين بعد إقرارا منه لهذا الوفاء بحيث يصبح هذا الغيـــر فـــى هذه الحالة وكيلا بعد أن بدأ فضوليا – على ما تقضى بـــه المـــادة ٣٣٣ من القانون المدنى ومذكرته التفسيرية – إلا أن هذه الوكالـــة قاصرة على الوفاء الذى أقره الدائن فلا تتعداه إلى ما يكـــون هـــذا الغير قد أقر به فى ورقة أخرى غير الشيك من أن المبلغ المـــوفى به هو كل الباقى المستحق للدائن لأن هذا الإقرار بالتخالص لـــيس من مستلزمات الوفاء بالمبلغ الموفى به بل هو إقرار بواقعة قانونية مستقلة عن الوفاء ولا يمكن اعتبار الدائن مقرا لها إذا كان قد علـــم بها وقت إقراره ذلك الوفاء . كما لا يمكن اعتبار الإقرار بالتخالص من الغير عملا من أعمال الفضولى إذ لا يتوافر فيه مـــا يشـــترط توافره فى عمل الفضولى الذى يلزم رب العمل وهو أن يكون هـــذا العمل ضروريا بالنسبة لرب العمل ".

(طعن رقم ٣٤٠ لسنة ٢٦ ق جلسة ١٩٦٢/٤/٥)

٢-" لايكفى لتبرير قيام الفضالة ، وعلى ما جـــاء بالمـــذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى للقانون المدنى تعليقا علـــى المـــادة

١٨٨ منه أن يكون ما يتصدى له الفضولى نافعا أو مفيدا بل لابد أن يكون ضروريا أى شأنا عاجلا ما كان رب العمل ليتوانى عن القيام به ، وإذ كان الحكم المطعون فيه قد اعتبر مجرد سداد البنك المطعون ضده لباقى أقساط الأسهم كافيا لقيام الفضالة استنادا إلى أنه " حال دون سريان فوائد التأخير كما يمنع بيع الأسهم لحساب المورث" مع أن الفوائد سوف تسرى لصالح البنك عما سدده ، وهو ما طلبه بدعواه وقضى له به ، كما أن الحكم لم يحقق ما إذا كان السداد ضروريا ونافعا للطاعنين أم لا ، بتبين سعر الأسهم وقت السداد وما إذا كان قد تدهور عما كان عليه وقت الاكتتاب كما يقول الطاعنون وأن البنك ابتغى بالسداد مصلحة نفسه فقط ، وإذ لم يقم الحكم المطعون فيه بتحقيق ذلك ، فقد حجب نفسه عن استظهار أركان الفضالة ومن ثم يكون مشوبا بالقصور بما يتعين معه نقضه".

(طعن رقم ٣٢١ لسنة ٣٨ ق جلسة ١٩٧٤/١/٢٨)

١٦٧ـ الركن الثانى :

ركن معنوى هو أن يقصد الفضولى رعاية مصلحة غيره (رب العمل) :

يتحقق هذا الركن المعنوى إذا كان الفضولى يقصد من العمل الذى قام به رعاية مصلحة غيره ، أى يقصد إسداء خدمة إلى

شخص آخر . وهذا ما يميز الفضالة عن الإثراء بلا سبب ، وعــن الاشتراط لمصلحة الغير .

والفضولى إنما استحق هذه التسمية لأنه لايصدر فيما يعمل عن مصلحة خاصة به بل هو يهدف إلى تحقيق مصلحة الغير . ولذلك يجب انصراف نيته إلى ما فيه مصلحة رب العمل .

فإذا انصرفت نية الشخص إلى العمل لمصلحته هو فلا يكــون ذلك منه فضالة ، حتى لو عاد ما قام به بنفع محقق على الغير . بل يكون رجوعه على هذا بدعوى الإثراء بلا ســبب متــى تــوافرت شروطها (١).

ولئن كانت نية الفضولى فى القيام بمصلحة رب العمل هى التى تميز الفضالة عن الإثراء بلا سبب ، إلا أن النية قد تتجه اتجاهــات مختلفة ولكل منها حكم خاص، ولذلك ينبغى مراعاة الصور الآتية :

١- لا يشترط أن تكون نية الفضولى متجهة إلى إسداء خدمــة لشخص معين بالذات ، بل يكفى أن تتجه النية إلى العمل لمصــلحة الغير ، أيا كان هذا الغير ، وحتى لو تبين أن الشخص الذى تحققت مصلحته هو شخص آخر غير الشخص الذى اتجهت نية الفضــولى إلى العمل لحسابه .

---

(١) أحمد حشمت أبو ستيت ص ٥٦٠ ومابعدها محمود جمال الدين زكــى ص ٣٣٥ .

٢- لايشترط أن يكون الفضولي عالما بصفته كفضولي ، بل قد يتصرف باعتباره وكيلا ، ويكون متجاوزا حدود الوكالة ، ويكون تصرفه في الواقع فضالة لا وكالة ، والمهم أن يقصد العمل لمصلحة رب العمل .

٣- إذا اتجهت إرادة الشخص إلى القيام بعمل لمصلحته الشخصية . فإنه لا يعتبر فضوليا حتى ولو آلت نتيجة العمل للغير. حتى ولو تمحضت هذه النتيجة لمصلحة الغير .

مثال ذلك الحائز الذى يعتقد أنه المالك ويقوم بوضع تحسينات أو إنشاءات فى العين التى يحوزها ، ثم يظهر بعد ذلك المالك الحقيقى الذى يسترد هذه العين بما زاد عليها من تحسينات وإنشاءات.

فى هذا الفرض لايعتبر هذا الشخص فضوليا ، ولايرجع على المالك الحقيقى بأحكام الفضالة ، بل بأحكام الإثراء بلا سبب إذا توافرت شروطها .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى عن شروط الفضالة :

"ثالثا – أن يتصدى الفضولى لشأن الغيرعن بينة أو عن قصد ، ومؤدى هذا أن تنصرف نية الفضولى إلى القيام بما تصدى له لحساب رب العمل . فإذا لم تتوافر هذه النية بأن اعتقد الفضولى

وهو يتولى شأن الغير ، أنه يقوم بشئون نفسه خرج الأمــر علــى نطاق الفضالة وطبقت قواعد الإثراء "[١].

وقد قضت محكمة النقض بـأن :

" الفضولى يجب أن تتصرف نيته إلى أن يعمل لمصلحة غيــره لا لمصلحة نفسه ، فإذا انصرفت نيته إلى العمل لمصلحة نفسه فلا تصدق عليه صفة الفضولى حتى ولو عاد تدخله على الغير بنفــع ، ومن ثم فإن المستأجر إذا قام باصلاحات ضــرورية فــى العــين المؤجرة مستهدفا استيفاء منفعة العين لنفسه فهو بالنسبة إلى المالك لايعتبر فضوليا ، حتى ولو كان هذا التدخل ليس متضمنا لمصلحته وإنما قد يكون فيه نفع للمالك بالتبعية ".

(طعن رقم ٤٢١ لسنة ٤٤ ق جلسة ١٩٧٧/١١/١٦)

١٦٨ـ الركـن الثالث :

ركن قانونى هو ألا يكون الفضولى ملتزما بالقيام بهـذا العمل أو موكلا للقيام به أو ممنوعا من مباشرتـه :

لكى تكون هناك فضالة يجب ألا يكون يكون المتدخل ملتزمــا بما قام به من شأن ، فإذا كان عليه التزام ، سواء كان مصدره عقد أو وكالة أو عقد عمل أو غيرهما أو أن مصدره حكم القانون كمــا

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جــ٢ ص ٤٧١ .

فى حالة الولى والوصى والحارس القضائى ... الــخ فــلا يكــون فضوليا [١].

وقيام شخص بعمل هو غير ملتزم به لمصلحة آخر إنما يقع فى الكثرة الغالبة من الأحوال على جهل من ذى الشأن . لكن قد يحدث أن يعلم رب العمل بتولى الغير بشأن من شئونه ، وفى هذه الحالــة ومادام أن رب العمل قد وقف موقفا سلبيا فلم يصدر منه ما يدل على رضاه أو ممانعته ، فيفترض أنه راض بذلك وتظل لقواعد الفضالة ولايتها .

ولكن إذا كان رب العمل قد نهى الفضولى عن القيام بالعمل أو الاستمرار فيه ، فإنه يجب عليه الكف عن تدخله ، فإذا لــم يمتثــل الفضولى فإن أمره لايخرج عن واحد من اثنين : أن يسفر تدخلــه عن ضرر يلحق بذى الشأن وعندئذ تتحقق مسئوليته التقصيرية ، أو أن يسفر تدخله عن نفع للغير فيكون له أن يرجع بدعوى الإثــراء بلا سبب . هذا ما لم يكن المتدخل قد قصد بتدخله أن يســد حاجــة ملحة اقتضاها وجود التزام فرضه القانون على رب العمل وقضت بأدائه مصلحة عامة ، كالتزام بالنفقة والالتزام بتجهيز الميت ، فــى مثل هذه الحالة لايمنع النهى من قيام الفضالة [٢].

---

(١) محمود جمال الدين زكى ص ٣٣٦ .

(٢) وقد تضمن المشروع التمهيدى نصا برقم (٢٦٣) يقضى فى فقرته الثانية بأن : " وكذلك تطبق قواعد الإثراء بلا سبب إذا تدخل شخص فى شــأن

لغيره مخالفا فى ذلك إرادة هذا الغير ، معروفة كانت هذه الإرادة أو مفروضة . ومع ذلك تطبق قواعد الفضالة ، ولا يعتد بهذه الإرادة المخالفة ، إذا كان من تدخل فى شئون غيره قد أراد بهذا التدخل أن يسد حاجة ملحة ، اقتضاها وجود التزام فرضه القانون على رب العمل، وقضت بأدائه مصلحة عامة ، كالتزام بالنفقة والالتزام بتجهيز الميت " إلا أن لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ رأت حذف المادة كلها لأنها تتصدى لجزيئات يدخل بعضها فى نطاق تطبيق القواعد العامة ويسهل استنتاج البعض الآخر من الأحكام المبينة فى مواد الإثراء بلا سبب .
(مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٢ ص ٤٦٨)

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" وقد تناولت المادة ٢٦١ من المشروع بيان الشروط التى تقدمت الإشارة إليها فأوجبت :

أولاً : أن يكون الفضولى قد تولى شأنا من شئون غيره ، والغالب أن يجهل رب العمل تصدى الفضولى للقيام بهذا العمل ، فإذا علم بذلك ولم يفصح عن موقفه منه من طريق المعارضة أو الإقرار بقيت لقواعد الفضالة ولايتها ، ووجب تطبيقها أما إذا عارض فى قيام الفضولى بما تصدى له ، فتطبق قواعد الإثراء بلا سبب ، ما لم يكن الفضولى قد قام بقضاء حاجة ملحة عاجلة ، اقتضاها وجود التزام فرضه القانون على رب العمل وأوجبت أداءه مصلحة عامة كالالتزام بالنفقة أو تجهيز الميت . ففى مثل هذه الحالة لايجوز الاحتجاج بمعارضة رب العمل ، وتظل أحكام الفضالة واجبة التطبيق رغم هذه المعارضة (أنظر المادة ٢٦٣ فقرة ٢ من المشروع) . فإذا أجاز رب العمل الفضالة صراحة أو ضمنا سرت قواعد الوكالة على ما يترتب بينه وبين الفضولى من حقوق والتزامات من بدء الفضالة ، ولا يكون للإجازة أثر بالنسبة للغير إلا من وقت صدورها " .

(مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٢ ص ٤٧٠ ومابعدها) .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" الفضالة- على ما تقضى به المادة ١٨٨ من القانون المدنى- تقتضى أن يتولى شخص عن قصد القيام بشأن عاجل لحساب شخص آخر دون أن يكون ملزما بذلك ، وإذ كانت الشركة حين عهدت للطاعن بإقامة المبانى على الأرض إنما كانت تعمل لحساب نفسها لا لحساب المطعون ضدها الأولى (الشريكة الموصية فيها) فإن أحكام الفضالة تكون غير منطبقة ، كما ينتفى قيام الوكالة المدعى بها لأن الوكالة لا تكون إلا حيث يقوم الوكيل بعمل قانونى لحساب الموكل " .

(طعن رقم ٢٨٣ لسنة ٣٥ ق جلسة ١٩٦٩/٦/١٩)

١٦٩ـ لا فضالة فى إجـراءات التقاضى :

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن:

" لا شأن فى إجراءات الدعوى لغير أخصامها ، وكل حكم يصدر فيها على شخص لم يكن خصما فيها فهو باطل بالنسبة له ولايمس بشئ من حقوقه .

فإذا رفع خصم استئنافا عن حكم وتركه حتى شطب فتطوع محام فرفع باسم هذا الخصم نفسه استئنافا ثانيا عن الحكم ذاته وأثبت المحكمة أن هذا المحامى لا توكيل لديه ، بل إن هذا الخصم

منعه من الحضور عنه فى هذا الاستئناف الذى تطــوع برفعــه ، فليس للمحكمة أن تعتبر لهذا الاستئناف الذى أقامه الفضولى وجودا ولا أن تقرر بتكليف قلم الكتاب أو المستأنف عليهم بــإعلان مــن نسب له الاستئناف للحضور ولا أن تعتبــر أن إعــلان التكليــف بالحضور الصادر من قلم الكتاب أو من المســتأنف علــيهم لهــذا الشخص بناء على قرارها هو تجديد للاستئناف الأول المشــطوب، بل كل هذه الإجراءات والاعتبارات باطلة فى حق هذا المســتأنف والحكم الذى يصدر فى الاستئناف باطل فيما يتعلق به تبعا لــذلك ، وحقه فى أن له استئنافا أول مشطوبا حق باق على حاله ".

(طعن رقم ٤٥ لسنة ٥ ق جلسة ١٩٤٦/١/٢٣)

١٧٠ـ لا مجال لإعمال أحكام الفضالة إذا كان ثمة عقد بين الطرفين :

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" من المقرر فى قضاء هذه المحكمة – أنه حيــث تقــوم بــين طرفى الخصومة رابطة عقدية فلا قيام لدعوى الإثراء بلا سبب أو لأحكام الفضالة ، بل يكون العقد وحده هو مناط تحديد حقوق كــل منهما والتزاماته قبل الآخر ، لما كان ذلك وكان الثابت من مدونات الحكم المطعون فيه وسائر مستندات الطعن أنه قد تم الاتفــاق بــين

الشركة الطاعنة والمطعون ضدهم بموجب العقود المؤرخة على كيفية سداد تكاليف تخزين اللحوم المستوردة بالثلاجات بجمهورية مصر العربية وأن الملزم بها البائع أو المشترى حسب ميناء الوصول ويتحمل المورد- المطعون ضدهم- بمصاريف تخزين البضاعة فى ثلاجات بورسعيد دون الاسكندرية حسبما ورد فى بنود التسليم فى عقد التوريد وقد تعهد المطعون ضدهم بالعقد المؤرخ ... بتحمل نفقات التخزين بثلاجات الجيش بالسويس وكافة الالتزامات المترتبة على تخزين هذه الكمية ، ومن ثم فإن العلاقة بين طرفى الخصومة علاقة تعاقدية وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر وقضى بسقوط حق الشركة الطاعنة تأسيسا على قواعد الإثراء بلا سبب والفضالة فإنه يكون مشوبا بالخطأ فى تطبيق القانون ".

(طعن رقم ٤٧٠ لسنة ٥٠ ق جلسة ١٩٨١/٥/١٨)

مــادة (١٨٩)

تتحقق الفضالة ولو كان الفضولى ، فى أثنــاء توليــه شــأنا لنفسه ، قد تولى شأن غيره ، لما بين الشأنين من ارتباط لا يمكن معه القيام بأحدهما منفصلا عن الآخر .

الشــرح

١٧١ـ تحقق الفضالة أثناء تولى الفضولى شأنا لنفسه :

لايشترط لتحقق الفضالة أن تكون نية الفضولى خالصــة فــى العمل على مصلحة رب العمل ، بل يجوز أن تتحقق الفضــالة إذا كان الفضولى يعمل لصالح نفسه ، فيتولى شأن صاحب العمل إلــى جانب شأنه الخاص لما بين الشأنين من ارتباط لا يمكن معه القيــام بأحدهما منفصلا عن الآخر [١].

وفى هذا جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" بيد أن الأمر يظل محصورا فى نطاق الفضالة ما بقيت النيــة المذكورة قائمة ، ولو تولى الفضولى شأن الغير وشأن نفســه فــى وقت واحد ، بسبب ارتباط هذين الشأنين ، على نحو لايتيح له القيام

---

(١) مصطفى الجمال ص ٥١٠ – عبد المنعم حسنى ص ١٤٦ .

على أحدهما استقلالا عن الآخر ، كما هو شأن الشريك المشتاع عند إدارة المال الشائع "[١].

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٢ ص ٤٧١- ويلاحظ أن قضاء محكمة النقض جرى على أن الشريك فى المثال الوارد بالمتن يعد وكيلا عن باقى الشركاء على أساس وجود وكالة ضمنية .

مــادة (١٩٠)

تسرى قواعد الوكالة إذا أقر رب العمل ما قام به الفضولى .

الشــرح

١٧٢- سريان قواعد الوكالة إذا أقر رب العمل ما قام به الفضولى :

تسرى قواعد الوكالة إذ أقر رب العمل ما قام به الفضولى ، أى أنه يترتب على إقرار رب العمل أن يعتبر الفضولى وكيلا عنه ، وتنظم العلاقات القائمة بينهما وفقا لقواعد القانون فى عقد الوكالة، وذلك منذ بدء الفضالة . إذ أن الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة . ولما كان موضوع الوكالة تصرفات قانونية يجريها الوكيل لحساب الموكل ، فلا تنقلب الفضالة إلى وكالة إلا إذا كان موضوعها تصرفا قانونيا أجراه الفضولى [١].

غير أنه يستثنى من الأثر الرجعى للإقرار الصادر من رب العمل الغير ، فلا يكون للإقرار أثر رجعى بالنسبة له فلا يسرى فى حقه إلا من تاريخ صدوره .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" فإذا أجاز رب العمل الفضالة صراحة أو ضمنا سرت قواعد الوكالة على ما يترتب بينه وبين الفضولى من حقوق والتزامات من

---

(١) السنهورى ص ١٠٤٦ - محمود جمال الدين زكى ص ٣٣٦ .

بدء الفضالة ، ولا يكون للإجازة أثر بالنسبة للغير إلا من وقت صدورها (أنظر المادة ٩٥٨/١١٩٤ من التقنين التونسى والمراكشى ، والمادة ١٥٤ من التقنين اللبنانى ، ويكون من أثر هذه الإجازة سريان أحكام الوكالة ، ولو كان الفضولى قد قام بالعمل وهو يعتقد أنه يتولى شأن نفسه "(١).

ويصح أن تصدر الإجازة من رب العمل سواء كان المتدخل فى شئونه فضوليا استوفى شروط الفضالة ، أو كان لم يستوف شروط الفضالة بأن كان يعمل لمصلحة نفسه مثلا (وهو ما يطلق عليه الفضالة الناقصة) (٢).

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٢ ص ٤٧١ .

(٢) السنهورى ص ١٠٤٦ – ويرى البعض أن الفضالة متى استوفت شروطها أصبح الفضولى نائبا قانونيا عن رب العمل وفقا لأحكام هذه النيابة كما تسرى أحكامها فيما بينهما وقد رتب المشرع هذه الآثار بموجب المادة ١٩٥ سواء أقر رب العمل الفضالة أم لم يقرها إذ تسرى آثارها فور توافر شروطها ومن ثم فإن ترتيب هذه الآثار لايتوقف على إقرار رب العمل . ولهذا تعين تفسير المادة ١٩٠ على أنها تسرى بالنسبة للتصرفات التى يستطيع فيها رب العمل ألا يقر تصرف الفضولى وتلك هى التى لا تتوفر فيها شروط الفضالة أى الفضالة النافعة ، وبناء على ذلك فإن إقرار رب العمل الذى يقلب الفضالة إلى وكالة إنما هو الإقرار الذى يرد على الفضالة الناقصة ، أما الفضالة الكاملة أى التى استوفت شروطها فلها نص يحكمها هو نص المادة

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" الإقرار بعقد الفضالة يترتب عليه جميع آثار الوكالة على مـــا تقضى به المادة ١٩٠ من القانون المدنى الجديد التى قننت ما استقر عليه الفقه والقضاء فى عهد القانون المدنى الملغى ".

(طعن رقم ٦٤ لسنة ٢٣ ق جلسة ١٩٥٧/٢/٢٨)

(راجع أيضا نقض ١٩٦٢/٤/٥ المنشور ببند ١٦٦) .

---

١٩٥ الذى يعتبر الفضولى نائبا عن رب العمل ، ويقتصر أثر الإقرار على الأعمال اللاحقة عليه فيعتبر الفضولى وكيلا بالنسبة لها ، وتظـــل أحكام الفضالة سارية بالنسبة للأعمال التى تمت قبـــل الإقـــرار ، ولا أهمية لذلك بالنسبة للآثار المترتبة على العمل لخضوعه لآثار واحـــدة (المستشار أنور طلبه ص ١٢٦ ومابعدها - أحمد حشمت أبو ســـتيت ص ٥٦٣ ومابعدها).

مـــادة (١٩١)

يجب على الفضولي أن يمضى فى العمل الذى بـدأه إلــى أن يتمكن رب العمل من مباشرته بنفسه كما يجب عليــه أن يخطــر بتدخله رب العمل متى استطاع ذلك .

الشــرح

١٧٣ـ التزام الفضولى بالمضى فى العمل الذى بدأه :

يجب على الفضولى أن يمضى فى العمل الذى بـدأه إلــى أن يتمكن رب العمل من مباشرته بنفسه . والحكمة من هذا الالتــزام أن الفضولى يقوم بأمر عاجــل لــرب العمــل ، يتســم بالأهميــة والضرورة بالنسبة له ، فلا ينبغى أن يقــوم بــذلك عــن خفــة أو استهتار ، بل يجب أن يمضى فى العمل الذى قام به إلى أن يتمكن رب العمل من مباشرته بنفسه .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"١- يعتبر القانون مصدرا مباشرا لالتزامات الفضولى ، ولــو أنها تنشأ بمناسبة عمل إرادى .

٢- ويلاحظ أن الفضولى يلزم بالمضى فى العمل الذى بدأه إلى أن يتمكن رب العمل من مباشرته بنفسه . ولما كان لرب العمل أن يكف الفضولى عن التدخل فيما تصدى له ، لذلك كان من واجــب

الفضولي أن يخطره بتدخله في أول فرصة تتاح له ، ومتى تيسر لرب العمل أن يباشره بنفسه كان من حقه وواجبه أن يقوم بذلك"[1].

١٧٤- التزام الفضولي بإخطار رب العمل :

يجب على الفضولي إخطار رب العمل بتدخله متى استطاع ذلك . والحكمة من هذا الالتزام هي أن الشأن الذي يتولاه الفضولي لايتعلق به هو بل برب العمل . وهذا الأخير لو كان يعلم بالأمر لما توانى في القيام به . ولذلك ينبغي أن يخطره الفضولي بما قام به ، حتى يمسك هو بزمام الموقف ، فقد يتدخل لإتمام العمل بنفسه ، وهذا واجب عليه إذا استطاع إلى ذلك سبيلا . وقد ينهى الفضولي عن الاستمرار في العمل إذا كان لايرى وجها للقيام به [2].

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٢ ص ٤٧٣ .

(٢) محمود جمال الدين زكي ص ٣٣٧- سمير تناغو ونبيل سعد ص ٤١٩ ومابعدها .

مـــادة (١٩٢)

١- يجب على الفضولى أن يبذل فى القيــام بالعمــل عنايــة الشخص العادى ، ويكون مسئولا عن خطئه . ومع ذلــك يجــوز للقاضى أن ينقص التعويض المترتب على هذا الخطأ ، إذا كانــت الظروف تبرر ذلك .

٢- وإذا عهد الفضولى إلى غيره بكل العمل أو ببعضــه كــان مسئولا عن تصرفات نائبه ، دون إخلال بمــا لــرب العمــل مــن الرجوع مباشرة على هذا النائب .

٣- وإذا تعدد الفضوليون فــى القيــام بعمــل واحــد كــانوا متضامنين فى المسئولية .

الشـــرح

١٧٥- بذل الفضولى عناية الشخص المعتاد :

يجب على الفضولى أن يبذل فى القيام بالعمل عناية الشـــخص المعتاد .

فالفضولى لايلتزم التزاما بتحقيق نتيجة، بل التزامه ببذل عناية، والعناية المطلوبة من الفضولى هى عناية الشخص العادى [(١)]. وإذا

---

(١) كانت المادة ٢٦٦ من المشروع التمهيدى (المقابلة للمادة ١٩٢) تـنص على أن : ١- " يجب على الفضولى أن يبذل فى القيام بالعمل العنايــة المطلوبة من الشخص المعتاد وأن يطابق بين عملــه وبــين إرادة رب

لم يبذل الفضولى هذه العناية فإنه يكون مخطئا ويكون مسئولا فـــى مواجهة رب العمل . ويلتزم بتعويضه .

ومعيار الخطأ فى الفضالة هو ذات معيار الخطأ العمدى والخطأ التقصيرى ، وخصوصية هذا الخطأ أن المسئولية عنه قد لا تكـــون كاملة ، إذ يجوز للقاضى أن ينقص التعويض المترتـــب عليـــه إذا كانت الظروف تبرر ذلك ، وكثيرا ما تبرر الظروف التخفيف مـــن مسئولية الفضولى لأن الفضولى شخص متطوع يبذل جهـــده فـــى إسداء خدمة لشخص غيره ، فإذا انحرف فى قيامه بذلك عن مسلك الرجل العادى ، فإن نيته تشفع له فى تخفيف المسئولية التى تنشـــأ

العمل معروفة كانت هذه الإرادة أو مفروضة " – وقد جاء عنها بمذكرة المشروع التمهيدى أنه : " يلاحظ أن الفضولى يلزم ، مـــا بقـــى قائمـــا بالعمل ، بأن يبذل فيما يعمل عناية الشخص المعتاد ، وأن ينزل فيه على إرادة رب العمل ، معلومة كانت أو مفروضة ، وكل مخالفة لهذا الالتزام تعتبر خطأ يستتبع مساءلته . ومع ذلك فينبغى التسامح فى تقـــدير هـــذه المسئولية إذا كان " الفضولى قد قام بما تصدى له من شئون رب العمل لدفع ضرر يتهدده " .

وعند عرض النص على لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ حـــذفت اللجنة عبارة " وأن يطابق بين عمله وبين إرادة رب العمـــل معروفـــة كانت هذه الإرادة أو مفترضة " واكتفت اللجنة بأن يبذل الفضولى فـــى القيام بالعمل عناية الشخص العادى " .

(تقرير اللجنة مجموعة الأعمال التحضيرية جـــ٢ص ٤٧٥ ، ص ٤٧٨).

من هذا الانحراف ، وقد تكون ظروف أخرى غير تلك التى ساقته للتدخل ، سببا فى تخفيف المسئولية ، فالفضولى الذى يعمد إلى تنقية زراعة جاره من آفة زراعية ، ثم يبحث عن مواد كمياوية يكمل بها التنقية ، فيجد ظرفا يجعل الوصول إلى هذه المواد ينطوى على شئ من المشقة يحجم عندها عن المضى فى عمله ، فإنه ينحرف بذلك قليلا عن السلوك المألوف للرجل العادى ، قد يخفف القاضى من مسئوليته عن هذا الخطأ بسبب الظرف الذى جد وجعل الوصول إلى المواد الكمياوية أمرا شاقا [١].

ومثل ذلك أيضا أن يبدأ الفضولى بإصلاحات مستعجلة فى منزل رب العمل ، ثم يحجم عن المضى فى هذه الإصلاحات لأنه وجد أن الحصول على الأدوات الصحية اللازمة لإتمامها يتطلب منه مجهودا كبيرا ، فكون الحصول على تلك الأدوات يقتضى مثل هذا المجهود يعتبر ظرفا مخففا لمسئولية الفضولى عن الخطأ الذى صدر منه بإحجامه عن المضى فى عمله [٢].

---

(١) السنهورى ص ١٠٥٢ ومابعدها .

(٢) عبد المنعم الصده ص ٦٣١- وكانت الفقرة الثانية من المادة ٢٦٦ من المشروع التمهيدى المقابلة للفقرة الثانية من المادة ١٩٢ تنص على أن "ويكون مسئولا عن كل خطأ ، غير أنه يجوز للقاضى أن ينقص التعويض المترتب على خطئه إذا كانت الظروف التى ساقته إلى القيام بالعمل تقتضى ذلك "- إلا أن لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ

ولكن يشترط بالطبع ألا يكون الخطــأ جســيما ، ولأن الخطــأ الجسيم يأخذ حكم الغش ، والغش فيه معنى الإضرار بالغير ، وهو على طرف نقيض من نية إسداء خدمة للغيــر ، فتنتفــى الفضـــالة أصلا ، وتكون المسئولية ليست فى نطاق الفضالة ، بــل مســئولية تقصيرية عن العمل غير المشروع (١).

كما أنه خارج نطاق أعمال الفضالة ، إذا ارتكب الفضولى خطأ تقصيريا يضر برب العمل ، فإن مسئوليته عن هذا الخطــأ تكــون كاملة وفقا لقواعد المسئولية التقصيرية . فإذا كان الفضولى ، بعــد أن قام بإصلاحات مستعجلة فى منزل رب العمل ، تــرك صــنبور المياه مفتوحا ، فسالت المياه وأتلفت أمتعة موجودة بالمنزل ، فــإن إهماله فى قفل صنبور المياه يعتبر خطأ تقصيريا خارجا عن أعمال الفضالة ويكون مسئولا عنه قبل رب العمل مسئولية تقصيرية (٢).

استبدلت عبارة " إذا كانت الظروف تبرر ذلك " بعبــارة " إذا كانــت الظروف التى ساقته إلى القيام بالعمل تقتضى ذلك " فقد تكــون هنــاك ظروف غير التى دفعت الفضولى إلى القيام بالعمل وتقتضى فى الوقت نفسه إنقاص التعويض . ورأت اللجنة أن هذا التعديل أكثر تمشيا مع ما تمليه العدالة " (مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ص ٤٧٥ ص ٤٧٨) .

(١) سمير تناغو ونبيل إبراهيم سعد ص ٤٢١ .

(٢) عبد المنعم الصده ص ٦٣١ .

١٧٦ـ نائب الفضـولى :

قد ينيب الفضولى عنه شخصا آخر فى القيام بأعمال الفضـالة كلها أو بعضها . وفى هذه الحالة يكون نائب الفضولى بمثابة نائب الوكيل إذا كان العمل تصرفا قانونيا ، وبمثابة المقاول من البـاطن إذا كان العمل ماديا . ويكون نائب الفضولى مسئولا قبل الفضولى.

وطبقا للقواعد العامة يجوز لرب العمل أن يرجع على الفضولى عن خطأ نائبه باعتبار النائب تابعا له ، فتكون مسئولية الفضـولى عن خطأ النائب هى مسئولية المتبوع عن أعمال التـابع، كمـا أن الفقرة الثانية من المادة تقرر هذه المسئولية فى صدرها .

كذلك يجوز لرب العمل طبقا للقواعد العامة أن يرجع على نائب الفضولى بدعوى غير مباشرة مستعملا حق الفضـولى فـى هـذا الرجوع . ولكن التقنين المدنى الحالى لم يكتف بهذه الدعوى ، بـل خول رب العمل زيادة على ذلك دعوى مباشرة قبل نائب الفضولى، وذلك بمقتضى الفقرة الثانية من المادة فى نهايتها .

ولكن ليس لنائب الفضولى دعوى مباشرة ضد رب العمل فيمـا يتعلق بالتزامات هذا الأخير ، لأن هذه الدعوى لا تكون إلا بنص ، ولم ينص القانون على هذه الدعوى كما فعل فى حالة نائب الوكيـل (م٧٠٨/٣ مدنى) والمقاول من الباطن (م٦٦٢ مدنى) [1].

---

(١) عبد المنعم الصده ص ٦٣١ – مصطفى الجمال ص ٥١٥ .

١٧٧ـ التضامن فى المسئولية عند تعدد الفضوليين :

إذا تعدد الفضوليون قام التضامن بينهم فى المسئولية عن العمل الذى يقومون به . وذلك طبقا لصريح نص الفقرة الثانية من المادة.

ويجب لقيام التضامن ، أن يكون التعدد فى عمل واحـــد ، فــإذا كان كل فضولى قد تولى عملا مستقلا عن عمل الأخير فلا يقــوم التضامن .

ولولا هذا النص لما قام ذلك التضامن إذ أن الخطأ فى الفضالة ليس خطأ تقصيريا حتى يقوم التضامن فى هذا الخصــوص طبقــا للنص الوارد فى المسئولية التقصيرية [١].

---

(١) عبد المنعم الصده ص ٦٣٢ – السنهورى ص ١٠٥٤ .

مـــادة (١٩٣)

يلتزم الفضولي بما يلتزم به الوكيل من رد ما اســتولى عليــه بسبب الفضالة وتقديم حساب عما قام به .

الشـــرح

١٧٨ـ التزام الفضولي برد ما استولى عليه :

يلتزم الفضولي بما يلتزم به الوكيل من رد ما اســتولى عليــه بسبب الفضالة . والنص في هذا يشير إلى الحكم المقرر في المــادة ٧٠٦ مدني بشأن الوكالة . والتي تنص على أنه " ليس للوكيــل أن يستعمل مال الموكل لنفسه . وعليه فوائد المبالغ التــي اســتخدمها لصالحه من وقت استخدامها ، وعليه أيضا فوائد ما تبقى في ذمتــه من حساب الوكالة من وقت أن يعذر " فالمشرع قد عامل الفضولي معاملة الوكيل فيما يقبضه من مال رب العمل أثناء قيامــه بشــئون هذا الأخير ويترتب على ذلك أنه لايجوز له أن يستعمل هذا المــال لصالح نفسه ، فإن فعل ذلك وجب عليه فوائد هذا المــال بســعرها القانوني وقت استخدامه ، وإذا لم يستعمل المال لصالح نفسه ، فــلا تجب عليه الفائدة ، بسعرها القانوني إلا من وقــت إعــذاره بــرد المال. هذا إذا كان العمل الذي تولاه الفضولي تصرفا قانونيا .

أما إذا كان العمل الذي تولاه الفضولي عملا ماديا كجني محصول، فلا يجوز له أن يستولي عليه لصالح نفسه، وإلا ألزم بالتعويض .

(راجع المجلد السابع بنود ٣٠٩ ومابعده) .

١٧٩ـ التزام الفضولي بتقديم حساب إلى رب العمل :

رأينا أن المادة ألزمت الفضولي بتقديم حساب عما قام به من أعمال بسبب الفضالة ، وشأنه في ذلك شأن الوكيل .

(راجع المجلد السابع بنود ٣٠٢ ومابعده).

مـــادة (١٩٤)

١- إذا مات الفضولى التزم ورثته بما يلتزم به ورثة الوكيـل طبقًا لأحكام المادة ٧١٧ فقرة ٢ .

٢- وإذا مات رب العمل بقى الفضولى ملتزما نحو الورثة بما كان ملتزما به نحو مورثهم .

الشـــرح

١٨٠ـ أثر موت الفضـولى :

إذا مات الفضولى فإن الوكالة تنقضى وهو نفس الحكم فى حالة ما إذا مات الوكيل فإن الوكالة تنقضى . ولكن ينشأ علـــى عـــاتق ورثة الوكيل وكذلك على عاتق ورثة الفضولى ، متى كانوا كـــاملى الأهلية وكانوا على علم بالفضالة أو بالوكالة ، التزام شخصى بـــأن يخطروا رب العمل بموت مورثهم وأن يتخذوا من التدابير ما يكون فى وسعهم إلى أن يتمكن رب العمل من مباشرة الأمر بنفسه .

(راجع المجلد السابع بند ٤٠١) .

١٨١ـ مـوت رب العمل :

إذا مات رب العمل فإنه على خلاف الوكالة التى تنقضى بوفـــاة الموكل، فإن الفضالة لاتنقضى بوفاة رب العمل ، ويظل الفضـــولى ملتزما فى مواجهة ورثة رب العمل بنفس الالتزامات التـــى كـــان يلتزم بها فى مواجهة رب العمل نفسه . والسبب الذى يبرر انقضاء

الوكالة بموت الموكل ، هو أن الوكالة تنشأ عن عقد بين الوكيل والموكل . وهو عقد ذو طابع شخصي ، فلا تنتقل الالتزامات الناشئة عنه إلى الخلف العام للوكيل أو الموكل . أما الفضالة فهي لاتنشأ عن عقد بين الفضولي ورب العمل . ولكن تنشأ عن واقعة مادية هي قيام الفضولي بأمر عاجل لمصلحة رب العمل . ووفاة هذا الأخير ليس من شأنها أن تؤثر في بقاء الفضولي ملتزما بنفس الالتزامات التي نشأت على عاتقه بسبب الفضالة .

وقد سبق أن رأينا أن الفضالة تتحقق حتى ولو تبين أن الشخص الذي تم العمل لمصلحته هو غير الشخص الذي قصد الفضولي أداء الخدمة له . ويصدق هذا من باب أولى على ورثة رب العمل . فالمهم هو أن يكون العمل لحساب شخص من الغير ، ولا أهمية لأن يكون هذا الشخص معينا بالذات ، أو أن يكون هو نفس الشخص الذي قصد الفضولي أداء العمل لمصلحته أو ورثة هذا الشخص[1].

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدي أنه :

" يظل الفضولي مرتبطا بالتزاماته هذه ولو مات رب العمل ، وفي هذه الحالة يلتزم قبل الورثة إذ يؤول إليهم ما كان لمورثهم من

---

(١) سمير تناغو ونبيل إبراهيم سعد ص ٤٢٣ .

حقوق فى هذا الصدد من طريق الميراث بيد أن التزامات الفضولى تنقضى ، على نقيض ذلك بموته ، ولاتنتقل إلى ورثته .

ومع ذلك فيلزم هؤلاء الورثة التزاما شخصيا مباشرا بما يلتــزم به ورثة الوكيل (أنظر المادة ٩٩٦ فقرة ٢ من المشروع) [١].

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جــ٢ ص ٤٨٠ .

مــادة (١٩٥)

يعتبر الفضولى نائبا عن رب العمل ، متى كان قــد بــذل فــى إدارته عناية الشخص العادى ، ولو لم تتحقق النتيجة المرجــوة. وفى هذه الحالة يكون رب العمل ملزما بأن ينفذ التعهــدات التــى عقدها الفضولى لحسابه ، وأن يعوضه عن التعهدات التى التــزم بها، وأن يرد له النفقات الضرورية التى سوغتها الظروف مضافا إليها فوائدها من يوم دفعها ، وأن يعوضه عن الضرر الذى لحقه بسبب قيامه بالعمل . ولايستحق الفضولى أجرا على عملــه إلا أن يكون من أعمال مهنته .

الشــرح

التزامات رب العمل :

١٨٢ـ تنفيذ التعهدات التى عقدها الفضولى نيابة عن رب العمـل :

إذا كان العمل الذى قام به الفضولى هو تصرف قانونى أبرمــه باسم رب العمل فإن آثار هذا التصرف تعود مباشرة إلى رب العمل فيصبح هو الدائن فى العقد الذى أبرمه الفضولى ، ويصــبح هــو المدين كذلك فى هذا العقد أما الفضولى فلا ينشأ فى ذمته أى حــق أو التزام . وهذا الحكم هو تطبيق لفكرة النيابة ، وقد طبقها المشرع صراحة على الفضالة فى نص المادة ١٩٥ .

والنيابة هنا قانونية مصدرها القانون وإذا كانت الالتزامات الناشئة عن العقود التى يبرمها الفضولى باسم رب العمل تنشأ مباشرة فى ذمة هذا الأخير . فمعنى ذلك أن عليه تنفيذ هذه الالتزامات اختيارا ، وإلا أجبر على تنفيذها قهرا [(١)].

وبديهى أن الأمر لايحتاج هنا إلى إقرار لأن الإقرار إنما يكون بالنسبة للأجنبى ، ورب العمل يعتبر بحكم القانون طرفا .

أما إذا تعاقد الفضولى باسمه شخصيا بأن أضاف العقد إلى نفسه ، لا إلى رب العمل ، فلا يصبح هذا دائنا أو مدينا لمن تعاقد معه الفضولى من الأغيار ، وإنما ترجع حقوق العقد والتزاماته إلى الفضولى ولكن رب العمل يلزم بتعويضه عن جميع ما عقد من التعهدات على هذا الوجه وفقا لقواعد الإثراء بلا سبب .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" فيلزم رب العمل أولا بالوفاء بما تعهد به الفضولى . وينبغى التفريق فى هذا الصدد بين فرضين . فإذا كانت هذه التعهدات قد تولى عقدها الفضولى باسم رب العمل ، بأن أضاف العقد إليه ، التزم هذا بها مباشرة بمقتضى النيابة القانونية التى تنشأ عن الفضالة ، وبهذا يصبح رأسا دائنا أو مدينا لمن تعاقد معه الفضولى.

---

(١) أحمد حشمت أبو ستيت ص ٥٧٠- سمير تناغو ونبيل سعد ص ٤٢٦.

أما إذا تعاقد الفضولى باسمه شخصيا بأن أضاف العقد إلى نفسه ، لا إلى رب العمل ، فلا يصبح هذا دائنا أو مدينا لمن تعاقد معه الفضولى من الأغيار ، وإنما ترجع حقوق العقد والتزاماته إلى الفضولى ولكن رب العمل يلزم بتعويضه عن جميع ما عقد من التعهدات على هذا الوجه ، وفقا لقواعد الإثراء بلا سبب "[1] .

١٨٣ ـ التزام رب العمل بتعويض الفضولى عن التعهدات التى أبرمها باسمه شخصيا :

إذا لم يتعاقد الفضولى باسم رب العمل ، ولكنه تعاقد باسمه شخصيا . فإن رب العمل يظل أجنبيا عن العقد ولاتنصرف إليه آثاره . ويكون الفضولى هو وحده المدين فى هذا العقد . فإذا اضطر إلى أداء شئ من ماله تنفيذا للعقد الذى أبرمه . كأن يكون قد اتفق مع مقاول على ترميم المنزل المملوك لرب العمل. ودفع للمقاول أجرة المقاولة فإنه يرجع على رب العمل بما دفعه وبالفوائد القانونية عن هذا المبلغ بالسعر القانونى (٤%) محتسبة من يوم الدفع . لا من يوم المطالبة القضائية .

١٨٤ـ التزام رب العمل برد النفقات الضرورية والنفقات النافعة :

يلتزم رب العمل بأن يرد إلى الفضولى النفقات الضرورية والنافعة التى سوغتها الظروف ، ولو لم يترتب عليها إثراء لرب العمل.

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٢ ص ٤٨٣ .

ومثل النفقات الضرورية أن يقوم الفضولى بإصلاحات مستعجلة فى منزل رب العمل إذ يكون ما أنفقه فــى التــرميم مصــروفات ضرورية .

ومثل النفقات النافعة أن يقوم الفضولى بجنى محصول يســرع إلى التلف أو تخزين هذا المحصول .

كما له أن يرجع بالفوائــد القانونيــة المســتحقة علــى هــذه المصروفات من يوم دفعها لا من يوم المطالبة القضائية بها .

ويلاحظ أن النفقات النافعة التى تجب للفضولى هى تلك التــى سوغتها الظروف كما يقول النص ، فلا يجوز للفضولى أن يسرف أو يبالغ فيها ، بل يجب عليه أن يقف بها عند الحد المعقول الــذى يتفق مع قدرة رب العمل المالية وظروفه الأخرى [١].

وإذا كان ما قام به الفضولى يدخل فى أعمال مهنته ، كما فــى حالة طبيب يسعف مريضا أو مهندس يقيم جدارا ، فإنــه يســتحق أجرا على عمله زيادة على المصروفات التى أنفقهــا . وذلــك لأن الأجر فى هذه الحالة يدخل ضمن النفقات . أما إذا كان العمل الذى قام به الفضولى لا يدخل فى أعمال مهنته فإن لايستحق أجرا عليه.

أما إذا كانت المصروفات التى تحملها الفضــولى كماليــة فــلا يرجع بها الفضولى طبقا لأحكام الفضالة .

---

(١) عبد المنعم الصده ص ٦٣٧ – سمير تناغو ونبيل سعد ص ٤٢٧ .

وقد جاء بمذكـرة المشروع التمهيدى أنه:

" ويلزم رب العمل ، من ناحية أخرى ، بأن يؤدى للفضــولى جميع ما اقتضت الظروف من نفقات ضرورية أو نافعة على أنـه يجوز إنزال النفقات المفرطة ، ولو كانت نافعة ، إلى الحد المعقول. ويكون للفضولى فى هذه الحالة ، أن ينتزع ما جاوز الحد علــى أن يعيد الشئ إلى الحالة التىكان عليها من قبل (المــادة ١٠٣٨ مــن التقنين النمساوى ، والمادة ٤٢٢ من تقنين الالتزامات السويسرى). ويضاف إلى هذه النفقات فوائدها محتسـبة علــى أســاس الســعر القانونى، من يوم دفعها لا من يوم رفع الدعوى ، استثناء من حكـم القواعد العامة [(١)].

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" للوارث الرجوع على باقى الورثة بما يخصهم من الدين الذى وفاه – عن التركة– كل بقدر نصيبه بدعوى الحلــول أو بالــدعوى الشخصية ، فإن كان رجوعه بدعوى الحلول فإنه يحل محل الدائن فى نفس الدين الذى أداه بحيث يكون له حقه بما لهــذا الحــق مــن خصائص وما يلحقه من توابع وما يكفله من تأمينات وما يرد عليه من دفوع عملا بالمادة ٣٢٩ من القانون المدنى فإذا كانت الفائــدة

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٢ ص ٤٨٣ .

المقررة للدين ٢% فليس له أن يطالب بأكثر من ذلك ، وإن كـــان رجوعه بالدعوى الشخصية فيكون على أساس الفضالة أو الإثــراء بلا سبب فإن آثر الرجوع بدعوى الإثراء بلا سبب فله أقل قيمتـــى الافتقار الذى لحقه مقدرا بوقت الحكم والإثراء الذى أصاب المدعى عليه وقت حصوله فإذا طلب فائدة عما أنفق استحق الفائدة القانونية من وقت تحديد المبلغ المستحق بحكم نهائى . أما إن رجع بـــدعوى الفضالة فيستحق طبقا للمادة ١٩٥ من القـــانون المـــدنى النفقـــات الضرورية والنافعة التى سوغتها الظروف مضافا إليها فوائدها من يوم دفعها أى من وقت الإنفاق . وإذ كان الطاعن قد أسس دعـــواه على أنه قام بسداد الباقى للدائنه بعد أن اتخـــذت إجـــراءات نـــزع الملكية ورفع الدعوى ... لإلزام المطعون ضدها بـــأن تـــدفع لـــه نصيبها فى الدين والفوائد القانونية بواقع ٤% من تاريخ المطالبـــة الرسمية فقضت له المحكمة بالمبلغ المطالب به وأغفلت الفصل فى طلب الفوائد ، فأقام الدعوى المطعون فى حكمها للمطالبـــة بتلـــك الفوائد ، وكان المستفاد من جملة ما تقدم أن الطاعن قد استند فـــى دعواه إلى الفضالة فهى التى تعطيه الحق فى الفوائد مـــن تـــاريخ إنفاقه للمبالغ الضرورية والنافعة دل على ذلك أنه لم يتمسك بالفائدة التى كانت تستحقها الدائنة وهى ٢% حتى يمكن القـــول باســـتناده لدعوى الحلول ، كما أنه لم يطلب الفوائد من تاريخ الحكم النهـــائى

طبقا لقواعد الإثراء بلا سبب وأوضح اضطراره لسداد الدين توقيا لإجراءات التنفيذ العقارى بدين لايقبل الانقسام بالنسبة للمدينين وهو أحدهم مما تستقيم معه دعوى الفضالة ومؤدى ذلك استحقاقه للفوائد بواقع ٤% من تاريخ الاتفاق وهو سابق على التاريخ الذى جعله بدءا لطلبها ، فإن الحكم - إذ خالف ذلك بأن كيف دعوى الطاعن بأنها دعوى حلول مما لا يستقيم مع طلباته فيها - يكون مخطئا فى تطبيق القانون " .

(طعن رقم ٥١ لسنة ٤٣ ق جلسة ١٩٧٧/٢/٢٣)

١٨٥- عدم استحقاق الفضولى أجرا :

لايستحق الفضولى أجرا على العمل الذى قام به ، إذ المفروض فيه أنه يتبرع بخدمة يؤديها لرب العمل إلا أن هذه القرينة تسقط متى كان ما قام به الفضولى من قبيل وجوه الإنفاق الحقيقية بالنسبة له . ويتحقق ذلك إذا كان العمل الذى أداه يدخل فى نطاق أعمال مهنته ، كما هو الشأن فى طبيب يقوم بعلاج مريض ، أو مهندس يتولى ترميم عين من الأعيان ، فعندئذ يصبح من حقه أن يؤجر على هذا العمل [1].

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٢ ص ٤٨٣ .

١٨٦ـ التزام رب العمل بتعويض الفضولى عن الضرر الذى لحق به بسبب العمل :

إذا لحق الفضولى ضرر وهو يقوم بالعمل الذى يؤديه لمصلحة رب العمل كأن تتلف منقولات يملكها وهو يطفئ حريقا شب في منزل جاره أو يصاب بجروح أو حروق من جراء قيامه بذلك ، فإنه يكون عنصرا من عناصر التكاليف التى تحملها الفضولى وهو يؤدى الفضالة ، ويلتزم رب العمل بتعويضه عنها .

ويلاحظ أن حق الفضولى فى تقاضى تعويض عما يصيبه من الضرر يعدل حق الوكيل فى ذلك . وقد نصت المادة ٧١١ على أنه "يكون الموكل مسئولا عما أصاب الوكيل من ضرر دون خطأ منه بسبب تنفيذ الوكالة تنفيذا معتادا " .

وإذا تعدد رب العمل فلا يكون هناك تضامن بينهم فى رجوع الفضولى عليهم ، لأن المشرع لم ينص على التضامن فى هذه الحالة ، والتضامن لا يقوم إلا بمقتضى اتفاق أو نص ، وعلى عكس ذلك قد نص المشرع كما رأينا على التضامن بين الفضوليين إذا تعددوا (م١٩٢/٣) .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" ويلزم رب العمل ، أخيرا ، بتعويض الفضولى تعويضا عادلا عما يلحقه من ضرر بسبب قيامه بالعمل . ويتحقق معنى العدالة

فىالتعويض متى كان متناسبا مع ما لم يستطع الفضولى اتقاءه مــن ضرر ، مع بذل المألوف من أسباب العناية .

ويقوم حق الفضولى فى اقتضاء التعويض على ما يتمثل فــى الضرر الحادث له من إفقار "[١].

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جــ٢ ص ٤٨٤ .

مـــادة (١٩٦)

١- إذا لم تتوافر في الفضولي أهلية التعاقد فلا يكون مسئولا عن إدارته إلا بالقدر الذى أثرى به ، ما لم تكن مسئوليته ناشـــئة عن عمل غير مشروع .

٢- أما رب العمل فتبقى مسئوليته كاملة ، ولو لم تتوافر فيه أهلية التعاقد .

الشـــرح

١٨٧ـ أهلية الفضولي :

إذا كان العمل الذى قام به الفضولي تصرفا قانونيا عقده الفضولي باسمه الشخصي فإنه يجب أن تتوفر لديه الأهليـــة الكاملـــة لهـــذا التصرف .

فإذا كان العمل الذى قام به الفضولي تصرفا قانونيا عقده باســـم رب العمل فإن الفضولي يكون حينئذ نائبا عن رب العمل كما سبق أن ذكرنا ، ومن ثم يكفى أن يتوفر التمييز لديه لإبرام التصرف .

وإذا كان العمل الذى تولاه الفضولي عملا ماديا في ذاته وجب أن يكون الفضولي مميزا ، إذ يتعين أن يتوفر لديه قصد القيام بهذا العمل لمصلحة رب العمل .

وفيما يتعلق بالالتزامات التى تقع على عاتق الفضولي من جراء هذه الأعمال جميعها ، فإن الأهلية المطلوبة تختلف بحســـب نـــوع

الالتزام . فالتزام الفضولى بالمضى فى العمل الذى بدأه والتزامه بإخطار رب العمل بتدخله تكفى بالنسبة إليهما أهلية التمييز ، فإذا أخل بأحدهما كان هذا منه خطأ تقصيريا يوجب مسئوليته التقصيرية كاملة . والتزامه ببذل العناية الواجبة فى القيام بالعمل وبرد ما استولى عليه بسبب الفضالة وبتقديم حساب عما قام به ، هى التزامات تتعلق بحسن إدارة مال الغير ، ولذلك يشترط فيه بالنسبة إليها أن يكون كامل الأهلية . فإذا لم تتوافر فيه هذه الأهلية كان الرجوع عليه بدعوى الإثراء بلا سبب . وهذا ما لم يرتكب الفضولى خطأ تقصيريا خارجا عن أعمال الفضالة ، إذ تتحقق فى هذه الحالة مسئوليته التقصيرية كاملة[1] .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

١- تفترض التزامات الفضولى- وهى التزام المضى فى العمل، والتزام بذل عناية الشخص المعتاد ، والتزام تقديم الحساب - توافر أهلية التعاقد فيه ، مادام وضعه يماثل وضع الوكيل من هذا الوجه. وتفريعا على ذلك قضت الفقرة الثانية من المادة ٦١ من المشروع الفرنسى الإيطالى " بأن من لا تتوافر فيه أهلية قبول التوكيل لا يكون أهلا للالتزام بطريقة الفضالة " واستدرك النص

---

(١) السنهورى ص ١٠٥٦ - عبد المنعم الصده ص ٦٣٣ ومابعدها .

فقرر أن الفضولى يسأل ، مع ذلك ، عما يحدث من ضرر ، ويلزم بقدر ما يثرى بغير سبب . فإذا لم يكن الفضولى أهلا للتعاقد ، فلا يسأل عن إدارته إلا وفقا لقواعد الإثراء بلا سبب ، وقواعد المسئولية التقصيرية . فمسئوليته والحال هذه ، تقتصر على القدر الذى أثرى به ، على ألا يجاوز هذا القدر ما افتقر به رب العمل . ثم إن تلك المسئولية ليس أساسها خطأ قوامه التفريط فى بذل عناية الشخص المعتاد ، بل يجب لترتيبها إقامة الدليل على وقوع عمل غير مشروع من الفضولى متى كان بداهة غير مجرد من التمييز "[1].

١٨٨- أهلية رب العمل :

لا تشترط أهلية ما فى رب العمل . وذلك لأن التزاماته نحو الفضولى مصدرها الإثراء بلا سبب . بل إنه حتى فى حالة ما إذا كان الفضولى قد أبرم تصرفا قانونيا بالنيابة عن رب العمل فإنه لايلزم أن تتوافر فى رب العمل الأهلية الواجبة لهذا التصرف رغم انصراف أثر التصرف إليه مباشرة . وذلك لأن النيابة هنا نيابة قانونية ، وهذه لا يطلب فيها أن تتوافر الأهلية اللازمة للتصرف لدى الأصيل .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٢ ص ٤٨٦ ومابعدها .

وقد جاء نص الفقرة الثانية من المادة ١٩٦ مقررا لهـذا الحل بصورة مطلقة فى قوله " أما رب العمل فتبقى مسئوليته كاملة ولو لم تتوافر فيه أهلية التعاقد " (١).

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" أما ما يترتب من الالتزامات فى ذمة رب العمل فلا يقتضى فيه أهلية ما ، فتصح النيابة القانونية من طريق الفضالة ، ولو كان الأصيل غير مميز ، وفى هذه الصورة يلزم الأصيل بأداء ما تحمل الفضولى من نفقات ، وتعويض ما أصابه من ضرر ، بمقتضى قواعد الإثراء بلا سبب " (٢).

---

(١) عبد المنعم الصده ص ٦٣٨ – أحمد حشمت أبو ستيت ص ٥٧٣- برهام محمد عطا الله أساسيات نظرية الالتزام ١٩٨٢ ص ٤٣- المستشار أنور العمروسى ص ٥٧٥- وعكس ذلك السنهورى ص ١٠٦٦ فيرى أن الفضولى إذا عقد تصرفا قانونيا باسم رب العمل نيابة عنه ، فإن الأهلية الواجبة لهذا التصرف يجب أن تتوافر فى رب العمل حتى ينصرف إليه مباشرة أثر التصرف .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٢ ص ٤٨٧ .

مـــادة (١٩٧)

تسقط الدعوى الناشئة عن الفضالة بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذى يعلم فيه كل طرف بحقه . وتسقط كـذلك فـى جميـع الأحوال بانقضاء خمس عشرة سنة من اليوم الذى ينشأ فيه هـذا الحق .

الشـــرح

١٨٩ـ سقوط الدعوى الناشئة عن الفضالة :

يحدد هذا النص مدة سقوط الدعوى الناشئة عن الفضالة بالتقادم ، سواء الدعوى الناشئة عن التزامات الفضولى أو التزامات رب العمل .

ومدة التقادم ثلاث سنوات من اليوم الذى يعلم فيه كـل طـرف بماله من حق فى ذمة الطرف الآخر . وفى جميع الأحوال بمضـى خمس عشرة سنة من يوم نشوء الحق . فإذا حصـل – كمـا هـو الغالب – أن علم أحد الطرفين بحقه وقت نشوئه أو بعده بمدة غيـر طويلة فإن الدعوى تسقط بمضى ثلاث سنوات من يوم هذا العلـم . أما إذا لم يعلم أحد الطرفين بحقه إلا بعد ثلاث عشرة سنة من يـوم نشوء الحق فإن الدعوى تسقط بمضى سنتين فحسب من هذا العلـم إذ أن المدة يجب ألا تتجاوز خمس عشرة سنة من يوم نشوء الحق. فالدعوى تتقادم بأقصر الأجلين : ثلاث سنوات من اليوم الذى يعلـم فيه كل طرف بحقه . أو خمس عشرة سنة من يـوم نشـوء هـذا الحق[١].

---

(١) أما فى ظل التقنين المدنى القديم فكانت الدعوى تتقادم بمضـى خمـس عشرة سنة طبقا للقواعد العامة .

(الفصل الخامس)
(القانون)
مادة (١٩٨)

الالتزامات التى تنشأ مباشرة عن القانون وحده تسرى عليها النصوص القانونية التى أنشأتها .

الشرح

١٩٠ـ القانون مصدر مباشر للالتزام فى حالات خاصة :

يعتبر القانون مصدرا غير مباشر لجميع الالتزامات . فالالتزامات الناشئة عن العقد أو عن الإرادة المنفردة ، أو عن العمل غير المشروع ، أو عن الإثراء بلا سبب ، مصدرها القانون ، لأن القانون هو الذى جعلها تنشأ عن هذه المصادر . فالقانون مصدر غير مباشر لها ، لأنه هو الذى جعلها تنشأ مباشرة عن هذه المصادر الأربعة (١).

ولكن فى بعض الأحوال ينشأ الالتزام عن القانون مباشرة ، بحيث لا يكون له مصدر آخر غير حكم القانون الذى أنشأه . وفى هذه الحالة فإنه يسرى على هذا الالتزام النص القانونى الذى ينشئه.

ورغم ما توحى إليه صياغة المادة ١٩٨ من أن مصدر

---

(١) محمود جمال الدين زكى ص ٣٤١ .

الالتزام القانونى هو دائما التشريع ، فإنه ينبغى مع ذلك أخذ معنى القانون بحسب المفهوم الواسع لهذا الاصطلاح فكل مصدر من مصادر القانون يصلح أن يكون مصدرا مباشرا للالتزام . فبجانب التشريع وهو المصدر الرسمى الأول للقانون . فإن العرف قادر على إنشاء الالتزامات القانونية ، مثال ذلك العرف الموجود فى بعض الأقاليم والذى يوجب على من تلقى هدية فى مناسبة معينة أن يرد مثلها فى مثل المناسبة التى تلقاها فيها .

ومن الأمثلة على الالتزامات الناشئة عن القانون مباشرة ، الالتزامات الموجودة فى نطاق الأسرة ، كالتزامات كل من الزوجين فى مواجهة الزوج الآخر .

والالتزام بالنفقة فيما بين الزوجين وفيما بين الأقارب .

ومن الأمثلة على ذلك أيضا الالتزامات الناشئة بين الجيران بسبب الجوار ، كتلك التى تنشأ بسبب الحائط المشترك والحائط الملاصق أو بسبب ملكية الطبقات فى المبنى الواحد ، أو بسبب الشيوع فى الملك .

ومن أهم الأمثلة على الالتزامات القانونية ، الالتزام بدفع الضرائب ، وهو التزام فى مواجهة الدولة تمكينا لها من القيام بوظائفها فى خدمة المجتمع .

ومن الأمثلة على الالتزامات القانونية التزامات الفضولى ، أما التزامات رب العمل فهى ناشئة عن الفضالة ، أو عن الإثراء بلا سبب .

ونظرا لأن الالتزام ينشأ عن القانون مباشرة ، فلا يتصور البحث فى شروط صحته، فهو لاتتصور بالنسبة له عيوب الإرادة ، ولا يؤثر فيه نقص أهلية المدين ، ولا تثور بشأنه مشكلة السبب، أو مشكلة المحل . ويكفى للقول بوجود الالتزام التحقق من وجوده طبقا لمصادر القانون المختلفة .

أما آثار هذا الالتزام فإن القانون هو الذى يحددها . وهذه الآثار لاتخرج على النظرية العامة فى الالتزام ، وبصفة خاصة فإن هذا الالتزام يتحلل كغيره من الالتزامات إلى عنصرين : عنصر المديونية وعنصر المسئولية . ومقتضى ذلك أن على المدين أن يبادر إلى تنفيذ التزامه طوعا ، وإلا فإنه يجبر على تنفيذه قهرا . والتنفيذ الجبرى إما أن يكون تنفيذا عينيا ، أو تنفيذا بطريق التعويض[١] .

وكان المشروع التمهيدى للقانون المدنى يتضمن التزاما نص عليه فى المادة ٢٧٣ فى الفصل المعقود للقانون كمصدر للالتزام ، وهو ألالتزام على كل من حاز شيئا أو أحرزه ، بأن يقدم هذا الشئ

---

(١) سمير تناغو ونبيل سعد ص ٤٢٩ ومابعدها .

لمن يدعى حقا متعلقا به ، متى كان فحص الشئ ضروريا للبث فى الحق المدعى به [1]. لكن لجنة المراجعة حذفت هذا النص لأنه أدخل فى باب المرافعات .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"١- كل التزام أيا كان مصدره المباشر يرجع إلى القانون ، باعتباره المصدر الأخير للالتزامات والحقوق جميعا . فمن الالتزامات ما يكون مصدره المباشر تصرف قانونى ، أو عمل غير

---

(١) وكان نصها يجرى على أن :

"١- كل من حاز شيئا أو أحرزه يلتزم بعرضه على من يدعى حقا متعلقا به متى كان فحص الشئ ضروريا للبت فى الحق المدعى به من حيث وجوده ومداه . فإذا كان الأمر متعلقا بسندات أو أوراق أخرى فللقاضى أن يأمر بعرضها على ذى الشأن وبتقديمها عند الحاجة إلى القضاء ، ولو كان ذلك لمصلحة شخص لا يريد إلا أن يستند إليها فى إثبات حق له .

٢- على أنه يجوز للقاضى أن يرفض إصدار الأمر بعرض الشئ ، إذا كان لمن أحرزه مصلحة مشروعة فى الامتناع عن عرضه .

٣- ويكون عرض الشئ فى المكان الذى يوجد فيه وقت طلب العرض ، ما لم يعين القاضى مكانا آخر . وعلى طالب العرض أن يقوم بدفع نفقاته مقدما . وللقاضى أن يعلق عرض الشئ على تقديم كفالة تضمن لمن أحرز الشئ تعويض ما قد يحدث له من ضرر بسبب العرض" .

(مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٢ ص ٤٩١ الهامش ومابعدها) .

مشروع، أو إثراء بلا سبب، ويرد فى مصدره الأخير إلى القانون . ومنها ، على نقيض ذلك ، ما يكون القانون مصدره المباشر والأخير فى آن واحد . ويراعى أن القانون يعتبر فى هذه الصورة مصدرا وحيدا يتكفل بإنشاء الالتزام رأسا، ويتولى تعيين مداه وتحديد مضمونه . وقد ساق التقنين اللبنانى فى معرض التمثيل للالتزامات التى تصدر عن نص القانون التزامات الجوار ، والالتزام بالإنفاق على بعض الأصهار. وقد تقدم أن التزامات الفضولى ، فيما يتعلق بالمضى فى العمل ، والعناية المطلوبة ، وتقديم الحساب ، كلها ينشئها القانون رأسا ، وينفرد بذلك دون سائر مصادر الالتزام .

٢- وتنشأ الالتزامات المقررة بنص القانون استقلالا عن إرادة ذوى الشأن فهى لا تقتضى فيهم أهلية ما (المادة ١٢٠ من التقنين اللبنانى) . ومع هذا فقد يتطلب القانون أهلية خاصة بالنسبة لبعض هذه الالتزامات مراعيا فى ذلك أنها لاتترتب بمعزل عن الإرادة .

ومن هذا القبيل ما يقع من الالتزامات على عاتق الفضولى ، إذ يشترط القانون لترتيبه أن يكون من يتصدى لشأن من شئون الغير تفضلا أهلا للتعاقد "[١].

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٢ ص ٤٩٢ ومابعدها .

(الباب الثانى)
(آثــار الالتــزام)
مــادة (١٩٩)

١- ينفذ الالتزام جبرا على المدين .

٢- ومع ذلك إذا كان الالتزام طبيعيا فلا جبر فى تنفيذه .

الشــرح

١٩١- تنفيذ الالتزام جـبرا على المدين :

الالتزام الذى ينفذ جبرا على المدين ، هو الالتزام المدنى الكامل ، وهو الصورة المألوفة من صور الالتزام .

والالتزام المدنى الكامل – يتحلل إلى عنصــرين ، الأول هــو عنصر المديونية أوالواجب ، والثانى هــو عنصـــر المســئولية أو الجزاء .

ويمقتضى العنصر الأول فإن على المدين أن يستجيب من تلقاء نفسه إلى الواجب الذى يفرضه عليه الالتزام فيؤدى للدائن ما يستحقه قبله سواء كان ذلك فى صورة إعطاء أو عمل أو الامتنـــاع عــن عمل. فإذا لم يستجب المدين إلى عنصر المديونية فى التزامه ، فإن الدائن يستطيع فى هذه الحالة أن يحرك العنصر الثانى وهو عنصر المسئولية أو الجزاء . وهو فى هذا يستعين بالسلطة العامــة التـــى تقهر إرادة المدين وتجبره على الوفاء بالتزامه للدائن .

وقاضى التنفيذ هو الذى يتولى إزالة كل عقبة مادية تعترض التنفيذ . وهو وحده صاحب الولاية فى ذلك ، مما يحول دون المحكوم له ورفع دعوى جديدة بتعيين المحل ، إذ سبق تعيينه بالحكم المنفذ به وأن إزالة العقبات من ولاية قاضى التنفيذ فى جميع الأحوال ، والالتزام بدفع مبلغ من النقود يكون ممكنا بحيث إذا امتنع المدين عن الوفاء به جاز للدائن توقيع الحجز على أموال المدين المنقولة والعقارية وبيعها واستيفاء حقها من ثمنها[١].

١٩٢ـ لا جبر فى تنفيذ الالتزام الطبيعى :

الالتزام الطبيعى التزام ناقص يفتقر إلى عنصر المسئولية والجزاء ، أما الالتزام بالمعنى الكامل لهذا الاصطلاح فهو الالتزام المدنى فالالتزام المدنى يتحلل – كما ذكرنا– إلى عنصرين : الأول هو عنصر المديونية أو الواجب والثانى هو عنصر المسئولية أو الجزاء. أما الالتزام الطبيعى فهو لاينطوى إلا على عنصر واحد ، هو عنصر الواجب أو المديونية . فمن الواجب على المدين فى التزام طبيعى أن يوفى بالتزامه ، ولكن إذا تخلف عن الوفاء به فلا يجبر على ذلك . والالتزام الطبيعى بهذا الوصف ، يقترب كثيرا من الواجب الأخلاقى الذى لا يحميه القانون بأى جزاء مدنى . وهو

---

(١) المستشار أنور طلبه ص   الجزء الرابع ص ١٤٨ ومابعدها .

فى الواقع يقف فى مرتبة وسطى بين الالتزام المدنى وبين الواجب الأخلاقى . فهو يقترب من الواجب الأخلاقى فى أن القانون لايرتب أى جزاء على الإخلال به . ولكنه يقترب مع ذلك من الالتزام المدنى فى أن القانون قد اعتد به ورتب عليه بعض الآثار القانونية. ويظهر ذلك بوضوح عندما يقوم المدين من تلقاء نفسه بالوفاء به. فإن القانون لايعتبره متبرعا أو موفيا بما هو غير مستحق عليه ، بل يعتبره موفيا بالتزام قانونى فى ذمته .

والالتزام الطبيعى يرجع أصله إلى الواجب الأخلاقى من ناحية وإلى الالتزام المدنى من ناحية أخرى . فهو إما واجب أخلاقى ارتفع فى نظر القانون إلى درجة تبرر الاعتداد به ، دون أن يصل مع ذلك إلى مرتبة الالتزام المدنى . أو هو بحسب أصله التزام مدنى انخفضت قيمته فى نظر القانون ، فأصبح لايترتب على الإخلال به أى جزاء ، ولكنه لم يصل فى انخفاضه إلى درجة الواجب الأخلاقى الذى لايعتد به القانون إطلاقا [1].

---

(١) الدكتور سمير عبد السيد تناغو المبادئ الأساسية فى نظرية العقد وأحكام الالتزام منشأة المعارف ص ٢٠٧ ومابعدها .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" يقصد من هذا النص إلى التمييز بين الالتزام المدنى والالتزام الطبيعى ، فالأول وحده هو الذى يجوز تنفيذه قهرا . فللدائن بالتزام معنى أن يجبر مدينه على قضاء حقه كاملا إما عن طريق الوفـــاء عينا ، وإما من طريق الوفاء بمقابل ، أما الثانى فلا يكفله أى جزاء مباشر كما سيأتى بيان ذلك "[١].

وقد قضت محكمة النقض بـأن :

" الالتزام لا ينقضى بمجرد اكتمال مدة التقادم بل يظل التزامـــا مدنيا واجب الوفاء إلى أن يدفع بتقادمه ، فـــإذا انقضـــى الالتـــزام المدنى بالتقادم تخلف عنه التزام طبيعى فى ذمة المدين . ولما كان الثابت أن الطاعنين نزلوا عن التقادم بعد أن اكتملت مدته وقبـــل أن يرفعوا دعواهم التى تمسكوا فيها بانقضاء الدين بالتقادم ، فإن مؤدى ذلك أن يبقى الالتزام مدنيا ويلزم الطاعنين بأداء الدين ولايتخلـــف عنه التزام طبيعى " .

(طعن رقم ٣٤٩ لسنة ٣٩ ق جلسة ١٩٧٥/٢/١٨)

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جــ٢ ص ٤٩٧ .

مـــادة (٢٠٠)

يقدر القاضى ، عند عدم النص ، ما إذا كـــان هنـــاك التـــزام طبيعي . وفى كل حال لا يجوز أن يقوم التـــزام طبيعـــى يخـــالف النظام العام .

الشـــرح

١٩٣ـ تقدير القاضى وجـود الالتزام الطبيعى عنـد عـدم وجـود النص :

ينص المشرع فى بعض الحالات على وجود التزام طبيعـــى ، وحينئذ لا تكون هناك سلطة تقديرية للقاضى فـــى تقـــدير وجـــود الالتزام الطبيعى .

ومثل ذلك ما تنص عليه الفقرة الأولى من المادة ٣٨٦ من أنه : " يترتب على التقادم انقضاء الالتزام ومع ذلك يتخلـــف فـــى ذمـــة المدين التزام طبيعى " ، وكذلك نص المادة ٤٨٩ الواردة فى الهبـــة من أنه " إذا قام الواهب أو ورثته مختارين بتنفيذ هبة باطلة لعيـــب فى الشكل ، فلا يجوز لهم أن يستردوا ما سلموه " . وتدل الأعمال التحضيرية على أن المقصود بهذا النص اعتبار الهبة الباطلة شكلا منشئة التزاما طبيعيا فى ذمة الواهب وورثته من بعده [1].

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـــ٤ ص ٢٥١ ومابعدها .

وفيما عدا الحالات التى يوجد فيها نص خـاص علـى وجـود التزام طبيعى يكون للقاضى سلطة تقدير وجود الالتزام الطبيعى فى كل حالة على حدة .

ويؤخذ من استقراء الحالات التى قررت فيها المحـاكم وجـود التزام طبيعى ، ضرورة توافر شروط ثلاثة فى كل منها ، هى :

١- وجود واجب أدبى يبلغ من التحديد من حيث محلـه ومـن حيث تعيين طرفيه ما يجعله يشبه الالتـزام القـانونى مـن حيث صلاحيته للتنفيذ ، سواء أكان هذا الواجب متخلفا عن التزام مـدنى لحقه البطلان أو الانقضاء دون وفاء ، أم كان واجبا أدبيا بلغ مـن التحديد والقوة ما يرفعه إلى مرتبة الالتزام الطبيعـى . فـإذا كـان واجب الإحسان إلى القريب مثلا يعتبر واجبا أدبيا عاما وغير محدد من حيث محله ومن حيث أطرافه ، وبالتالى غيـر كـاف لتقريـر وجود التزام طبيعى فى ذمة الشخص ، فإنه إذا تحـدد وتخصـص بالنسبة إلى شخص معين ، فإنه يصح اعتبـاره التزامـا طبيعيـا . ومثل ذلك واجب الإحسان إلى شخص سـبق أن أدى إلـى آخـر خدمات معينة ، فإن هذا الواجب يقوم بين طـرفين معينـين همـا الخادم والمخدوم ويتحدد محله بمكافأة تتناسب مع الخدمة السـابقة ، وذلك خلافا لواجب الإحسان بوجه عام ، فيصلح أن يكون أساسـا لالتزام طبيعى إذا توافر فيه الشرطان الآخران .

٢- اعتقاد المدين عند وفائه بهذا الواجب الأدبى أو عند تعهده بالوفاء به أن هذا الواجب قد بلغ من القوة الحد الذى يجعله التزاما طبيعيا لا واجبا أدبيا فحسب .

ولا يكفى أن يكون هذا الإحساس قائما فعلا عند المدين فيما يحسه الفرد من وجوب الوفاء بواجب أدبى لا يرتفع بهذا الوصف إلى مرتبة الالتزام الطبيعى إذا لم يكن هذا هو الشعور الجماعى للبيئة التى يعيش فيها . فمثلا من أحسن إلى جار فقير يعتبر متبرعا ولو أعلن أنه لايعتبر نفسه متبرعا بل مؤديا لالتزام طبيعى[1]، بل ولو كان هذا الإعلان مطابقا للحقيقة بسبب ما يتميز به من إحساس مرهف . وعلى العكس يعتبر قيام الأب بتجهيز بناته عند الزواج تنفيذا لالتزام طبيعى ، لأنه استجابة لواجب خلقى تعارفت الجماعة على وجوب الوفاء به .

فالمعيار هنا موضوعى لا ذاتى .

ويلاحظ أنه إذا كانت العبرة فى وجود الالتزام الطبيعى بوعى الجماعة فإن آثار الالتزام الطبيعى – وهى لا تستبين إلا عند تنفيذه

---

(١) الدكتور عبد الرزاق السنهورى الوسيط فى شرح القانون المدنى الجزء الثانى طبعة ٢٠٠٤ ص ٦٨٧ – الدكتور عبد المنعم البدراوى النظرية العامة للالتزامات فى القانون المدنى المصرى الجزء الثانى أحكام الالتزام مكتبة سيد عبد الله وهبه ص ١٣ ومابعدها .

كما سنرى – لا تترتب عليه إلا إذا شارك الفرد الجماعة شـعورها بإلزامه .

والعبرة باعتقاد المدين هذا وقت وفائه بالواجب الأدبى أو وقت تعهده بوفائه ، وأنه لا عبرة بوجود هذا الاعتقاد أو عدمه طالما لـم يحصل وفاء أو تعهد بالوفاء، لأن أمر وجود الالتـزام الطبيعـى أو عدمه لايثور إلا بعد حصول الوفاء أو التعهد وبمناسبة رغبة المدين أو ورثته فى استرداد ما وفى أو فى عدم تنفيذ ما تعهد به[1].

٣- وجوب ألا يخالف الالتزام الطبيعى النظام العام :

مهما اشتد إحساس الفرد أو الجماعة بأن واجبا أدبيا معينـا قـد قوى حتى بلغ حد الالتزام الطبيعى ، فإن هذا الإحسـاس لا يكفـى لترتيب التزام طبيعى مادام قيام هذا الالتزام يخالف النظام العـام . ومثل ذلك جميع الالتزامات التى تبطل لعـدم مشـروعية سـببها كالالتزام بدفع رشوة لموظف لقاء عمل يدخل فى حدود وظيفتـه ، والالتزام بدفع مبلغ لشرير مأجور مقابل قتل إنسان ، فإن إحسـاس الملتزم بأن الموظف الذى قام بالعمل المطلوب أو الشرير الذى نفذ القتل المتفق عليه يستحق منه المبلغ المتعهد به لا يصلح أساسا لقيام التزام طبيعى ، لأن سببه مخالف للنظام العام .

---

(١) الدكتور سليمان مرقس أحكام الالتزام ١٩٥٧ ص ٢١ ومابعدها .

وقد طبق المشرع ذلك فى المادة ٢٢٧ مدنى الخاصة بتعيين حد أقصى للفوائد الاتفاقية حيث نص فيها على أنه إذا اتفق الطرفان على فوائد تزيد على هذا السعر وجب تخفيضها إلى ٧% ويتعين رد ما دفع زائدا على هذا القدر ، أى أنه جعل الاسترداد واجبا فى كل حال سواء كان المدين قد دفع الزيادة مجبرا أو مختارا ، وسواء كان فى هذه الحالة الأخيرة قاصدا وفاء دين طبيعى أو غير قاصد ذلك [١].

والوعد بتقديم مبلغ من المال لإيجاد علاقات غيرشرعية باطل ، ولا يمكن أن يترتب عليه التزام طبيعى . ومن ذلك أيضا أن دين القمار والرهان لايعتبر من ديون الشرف أو الالتزامات الطبيعية ، إذ ينص التقنين المدنى فى المادة ٢/٧٣٩ على أنه : " ولمن خسر فى مقامرة أو رهان أن يسترد ما دفعه خلال ثلاث سنوات من الوقت الذى أدى فيه ما خسره ولو كان هناك اتفاق يقضى بغير ذلك. وله أن يثبت ما أداه بجميع الطرق " أى أن المشرع لم يعتبر دين القمار دينا طبيعيا يمتنع استرداده بعد الوفاء به ، لما رآه فيه من مخالفة للنظام العام [٢].

---

(١) سليمان مرقس ص ٢٢ .

(٢) سلميان مرقس ص ٢٢ ومابعدها – عبد المنعم البدراوى ص ١٤ .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" تعرض الفقرة الثانية من هذه المادة لصور الالتزام الطبيعى ، فتكل أمر الفصل فيها إلى تقدير القاضى ، لتعذر الإحاطة بها على سبيل الحصر .

والحق أن أحكام القضاء حافلة بضروب من الواجبات الأدبية أنزلت منزلة الالتزامات الطبيعية . على أن الفقه يقسم تطبيقات الالتزام الطبيعى تقسيما سهل المأخذ ، فيردها إلى طائفتين : تنتظم أولاهما ما يكون أثرا تخلف عن التزام مدنى تناسخ حكمه ، كما هو شأن الديون التى تسقط بالتقادم أو تنقضى بتصالح المفلس مع دائنيه ، أو يقضى ببطلانها لعدم توافر الأهلية ، ويدخل فى الثانية ما ينشأ واجبا أدبيا من الأصل ، كالتبرعات التى لاتستوفى فيها شروط الشكل ، والتزام الشخص بالإنفاق على ذوى القربى ممن لا تلزمه نفقتهم قانونا ، والالتزام بإجازة شخص على خدمة أداها .

ويتعين على القاضى عند الفصل فى أمر الالتزامات الطبيعية أن يتحقق أولا من قيام واجب أدبى ، وأن يتثبت بعد ذلك من أن هذا الواجب يرقى فى وعى الفرد أو فى وعى الجماعة إلى مرتبة الالتزام الطبيعى ، وأن يستوثق فى النهاية من أن إقراره على هذا الوجه ، لا يتعارض مع النظام العام . هذا ، وقد تشير بعض النصوص إلى تطبيقات من تطبيقات الالتزام الطبيعى . ومن ذلك ما

نصت عليه الفقرة الأولى من المادة ٥٢٣ من المشروع ، إذ قضت بأن الدين الذى ينقضى بالتقادم يتخلف عنه التزام طبيعى " [١].

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" يشترط لاعتبار الدين بعد سقوطه التزاما طبيعيا أن لا يكون مخالفا للنظام العام ، ولما كان التقادم فى المسائل الجنائية يعتبر من النظام العام فإنه إذا تكاملت مدته لايتخلف عنه أى التزام طبيعى ، وإذن فمتى كان الحكم قد قرر أن دفع الغرامة من المحكوم عليه بعد سقوطها بالتقادم يعتبر بمثابة وفاء لدين طبيعى لايصح استرداده، فإن هذا الحكم يكون قد خالف القانون ".

(طعن رقم ٦ لسنة ٢٢ ق جلسة ١٩٥٥/٣/٢٤)

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٢ ص ٤٩٨ ومابعدها .

مادة (٢٠١)

لا يسترد المدين ما أداه باختياره قاصـــدا أن يـــوفى التزامـــا طبيعيا .

الشـــرح

١٩٤ـ الوفاء الاختيارى للالتزام الطبيعى :

لئن كان لايجوز تنفيذ الالتزام الطبيعى جبرا عن المـــدين ، إلا أنه إذا قام المدين بالوفاء به اختيارا ، فإنه لا يكون متبرعا أو موفيا بما هو غير مستحق عليه ، بحيث يجوز له الرجوع فـــى الهبـــة أو استرداد ما دفع بغير حق ، بل يعتبر موفيا بـــالتزام علـــى عاتقـــه وبالتالى فلا يجوز له استرداد ما وفاه (١).

على أنه يشترط لاعتبار أداء الالتزام الطبيعى وفاء بدين لا تبرع شرطان :

١- أن تكون إرادة المدين خالية من العيوب ، فإذا كانت إرادته معيبة بإكراه مثلا أو بغلط بأن اعتقد أنه يـــوفى بـــالتزام مـــدنى لا طبيعى ، جاز للمدين أن يسترد ما أوفاه بدعوى رد ما دفـــع بغيـــر وجه حق .

٢- أن يكون المدين قد قصد بما أدى أن يوفى التزاما طبيعيا .

---

(١) سمير عبد السيد تناغو ص ٢١٠ .

وفى هذا تقول المادة " لا يسترد المدين ما أداه باختياره قاصدا أن يوفي التزاما طبيعيا " . ومعنى ذلك أنه يشترط أن يكون الوفاء من المدين على بينة منه أى وهو يدرك أنه يستجيب لمقتضى التزام طبيعى لا يكفل القانون له جزاء .

١٩٥- الآثار المترتبة على الوفاء بالتزام طبيعي :

يترتب على أن الوفاء بالتزام طبيعى هو وفاء لالتزام واجب فى الذمة وليس تبرعا النتائج الآتية :

١- لايجوز للمدين أن يسترد ما أداه ، حتى فى تلك الأحوال التى يجيز القانون فيها الرجوع فى الهبات .

٢- أنه لايشترط فيه الشكل اللازم للتبرع ، فإذا كان محل الالتزام عقارا ، كما فى إنشاء دوطة عقارية لزواج البنت ، فإنه يكفى أن يتم ذلك بعقد عرفى ولا يحتاج إلى عقد رسمى .

٣- أنه تكفى فيه أهلية الأعمال الدائرة بين النفع والضرر ، ولاتشترط فيه أهلية التبرع .

٤- أنه لاتسرى عليه أحكام الوصية إذا ما صدر فى مرض الموت وفقا للمادة ٩١٦ مدنى ، إذ أن ثبوت حصول التصرف وفاء لالتزام طبيعي يكفى لهدم القرينة التى نصت عليها الفقرة الثالثة من المادة المذكورة والتى مقتضاها أن كل تصرف صدر فى مرض الموت يعتبر صادرا على سبيل التبرع .

٥- إذا كان وفاء الالتزام الطبيعي يعتبر فيما بين طرفيه وفاء لالتزام واجب في الذمة ، فإن هذا الوفاء يعد بالنسبة للدائنين الآخرين للمدين بديون مدنية في حكم التبرع .

ذلك أن المادة ٢/٢٤٢ من التقنين المدني الجديد عدت الوفاء بدين مدني مؤجل في حكم التبرع بالنسبة إلى الدعوى البوليصية ، ومن ثم فإنه من باب أولى يجعل هذا الحكم للوفاء بالتزام طبيعي .

ومعنى ذلك أنه إذا كان المدين معسرا وأوفى بدين طبيعي كان لأصحاب الديون المدنية الطعن في هذا الوفاء بالدعوى البوليصية حتى لو كان المدين حسن النية في هذا الوفاء ، أي دون أن يكلف هؤلاء بإثبات سوء نيته ، حتى يصلوا إلى عدم نفاذ هذا الوفاء في مواجهتهم(١) .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدي أنه :

" تتناول المادة ٢٨٦ الأثر الرئيسي للالتزام الطبيعي ، وهو ينحصر في جواز الوفاء به .

ويشترط لصحة هذا الوفاء أن يقوم به المدين " من تلقاء نفسه" دون إجبار ، وأن يكون حاصلا عن بينة منه أي وهو يدرك أنه

---

(١) مذكرة المشروع التمهيدي مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٢ص ٥٠١- السنهوري ص ٦٩٩ - عبد المنعم البدراوي ص ١٨ ومابعدها .

يستجيب لمقتضى التزام طبيعـــى ، لايكفــل لـــه القـــانون جــزاء (أنظر المذكرة الإيضاحية للمشروع الفرنسى الإيطالى) .

فإذا تحقق هذا الشرط كان لأداء المدين حكم الوفاء ، لا حكـــم التبرع . ويتفرع على ذلك نتائج أربع : أولاها امتناع المطالبة برد ما دفع ، فهو لم يؤد وفاء لدين غيـــر مســـتحق أو تبرعـــا يجـــوز الرجوع فيه ، وإنما أدى وفاء لما هو واجب ، دون أن تحـــدد نيـــة التبرع عليه . والثانية عدم اشتراط شكل خاص للوفـــاء بـــالالتزام الطبيعى ، على خلاف التبرعات ، فيغلب فيهـــا اشـــتراط ذلـــك . والثالثة الاكتفاء فىتنفيذ الالتزام الطبيعىبأهلية الوفاء ، بوجه عام ، دون اشتراط أهلية التبرع . والرابعة اعتبار أداء المـــدين وفـــاء ، لاتبرعا ، وبوجه خاص ، فيما يتعلـــق بتطبيـــق أحكـــام الـــدعوى البوليصية وتصرفات المريض مرض الموت " [١].

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـــ٢ ص ٥٠٠ ومابعدها .

مـــادة (٢٠٢)

الالتزام الطبيعى يصلح سببا لالتزام مدنى .

الشــــرح

١٩٦ـ التعهد بوفاء الالتزام الطبيعى :

تنص المادة – كما رأينا– على أن الالتزام الطبيعى يصلح سببا لالتزام مدنى . ويتضح من النص أن مجـــرد الاعتـــراف بوجـــود الالتزام الطبيعى لا أثر له من حيث تحويله إلى التزام مدنى . ولكن قد يرغب المدين فى الوفاء به دون أن يكون قادرا على ذلـــك فـــى الحال ، فيقتصر عندئذ على التعهد بالوفاء به ، وبصدور هذا التعهد ينشأ التزام مدنى فى ذمته ، يجوز إكراهه على الوفاء به .

غير أن الإقرار الذى يحدث هذا الأثر ليس مجرد الإقـــرار أو الإخبار بوجود دين طبيعى فى الذمة ، وإنما هو الإقـــرار باتجـــاه الرغبة إلى تعزيز الدين الطبيعى وإزالة ما به من وهـــن ، أو هـــو تعهد برفع الدين الطبيعى إلى مرتبة الالتزام المدنى ، ويكون ســـبب هذا التعهد هو قصد الوفاء بالدين الطبيعـــى . وبهـــذا تكفـــى إرادة المدين وحدها لنشوء هذا التعهد دون حاجة إلى قبول مـــن الـــدائن، وكذلك لا يكون التعهد تبرعا بل يكون معاوضـــة ســـببها الالتـــزام الطبيعى [١].

---

(١) عبد المنعم البدراوى ص ١٩ ومابعدها – سليمان مرقس ص ٢٩ ومابعدها .

ويجب أن تكون نية تعزيز الدين الطبيعى واضحة ، وإلا فـــإن الشك يفسر لمصلحة المدين ويحمل الإقرار على أنه مجرد إجبـــار بوجود الدين الطبيعى .

ولايعتبر هذا التعهد منشئا التزاما جديدا ، بل معززا فقط الـــدين الطبيعى القائم فى ذمة المدين . ولذلك فإنه من جهة لا يلزم لصحته توافق الإرادتين ، بل يتم بإرادة المدين وحدها دون حاجة إلى قبول من الدائن ، ويترتب على ذلك أنه يجوز لدائنى الدائن توقيع الحجز تحت يد المدين بمجرد صدور التعهد منه ولو لم يصدر من الـــدائن قبول . ومن جهة أخرى لا يعتبر الالتزام المدنى ناشئا مـــن الإرادة المنفردة للمتعهد وبالتالى لا تعتريه أوجه الضـــعف التـــى تـــلازم الالتزامات التى تنشأ بإرادة واحدة كجواز الرجوع فى الوصـــية . وإنما يعتبر مصدر الالتزام الواقعة الأصلية التـــى أنشـــأت الـــدين الطبيعى .

ولايعتبر التعهد الجديد – كما ذكرنا سلفا– إلا معـــززا الـــدين الطبيعى ومزيلا ما كان به من وهن .

وهو يمكن من هذه الناحية تشبيهه بإجازة العقد القابل للإبطـــال من حيث أن هذه الإجازة تعزز العقد وتزيل قابليته للإبطال [١].

---

١) سليمان مرقس ص ٣٠ .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" تعرض المادة ٢٧٧ من المشروع لأثر آخر من آثار الالتـزام الطبيعى ، فتقرر صلاحيته لأن يكون سببا لالتـزام مـدنى ، عنـد اعتراف المدين به . وقد انقسم الفقه بشأن ماهية هذا الاعتـراف ، فلم يكن بد من أن يقطع المشرع برأى فى هذا الخلاف والحـق أن الاعتراف لاينطوى على تجديد ينقلب من جرائه الالتزام الطبيعـى التزاما مدنيا ، بل هو إنشاء لالتزام مدنى ، يقوم الالتزام الطبيعـى منه مقام السبب (قارن المادة ٦ من التقنـين اللبنـانى) . ومـادام الاعتراف بالالتزام الطبيعى لا يعتبر مـن قبيـل التبرعـات فهـو لايخضع لأحكامها من حيث الشكل أو الموضوع ، شأنه شأن الوفاء من هذا الوجه "[١].

١٩٧ـ ما لا يترتب من آثار على الالتزام الطبيعى :

ذكرنا أن آثار الالتزام الطبيعى مرهونة جميعا بـإرادة المـدين وحده، الأمر الذى يستبعد كل الآثار التى لادخل لإرادة المدين فيها. فالالتزام الطبيعى لا يقهر المدين على تنفيذه . ويترتب علـى هـذا النتائج الآتية :

١- لايجوز لمن كان دائنا بالتزام طبيعى ومدينا بالتزام مـدنى

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٢ ص ٥٠٣ .

أن يتمسك بالمقاصة القانونية بين الالتزامين . ذلك أن المقاصة نوع من الوفاء القهرى غير المباشر، ولا قهر فى وفاء الالتزام الطبيعى كما ذكرنا . ثم إن من شروط المقاصة أن يكون الدينان متساويين فى القوة .

على أنه ليس هناك ما يمنع من أن تقع المقاصة بإرادة المدين بالالتزام الطبيعى نفسه ، فله أن يتمسك بها ليسقط التزاما مدنيا نشأ لصالحه فى ذمة الدائن له بالتزام طبيعى ، وهذه – كما هو ظاهر– مقاصة اختيارية لاتقع بقوة القانون .

٢- لاتجوز كفالة الالتزام الطبيعى كفالة شخصية أو عينية ، لأن الكفالة التزام تابع ولايجوز أن يكون أقوى أثرا من الالتزام الأصيل [١]. ولايصح فى هذا الشأن القول بجواز الكفالة قياسا على كفالة التزام ناقص الأهلية التى تجوز بمقتضى المادة ٧٧٧ مدنى التى تجرى على أن " من كفل التزام ناقص الأهلية وكانت الكفالة بسبب نقص الأهلية ، كان ملزما بتنفيذ الالتزام إذا لم ينفذه المدين المكفول ". ذلك لأن كفالة التزام ناقص الأهلية لها حكمها الخاص، فالتزام الكفيل فى هذه الحالة ليس التزاما تابعا يستند إلى التزام

(١) عبد المنعم البدراوى ص ٢١ – عبد المنعم الصده ص ١٣ – الدكتور نبيل إبراهيم سعد النظرية العامة للالتزام أحكام الالتزام طبعة ٢٠٠٥ ص ١٨ ومابعدها .

أصلى، وإنما يلتزم الكفيل بصفة أصلية بسبب نقص أهلية المـدين فإذا تمسك ناقص الأهلية بالبطلان كان الكفيل مسئولا بصفة أصلية عن أداء التزامه ، وإذا لم يتمسك ناقص الأهليـة بـالبطلان كـان الكفيل ضامنا له فى أداء الالتزام .

وقد كانت هناك مادة فى المشروع التمهيدى للقانون المدنى برقم (٢٧٨) تنص على هذا الحكم [١]، ولكنها حذفت " لإمكان استخلاص حكمها من النصوص الواردة فى المقاصة وفى الكفالة " [٢].

ولكن يلاحظ أنه إذا كان المدين هو الذى قدم الكفيل بنفسه إلـى الدائن ، فإن هذا ينطوى على تعهد ضمنى بالوفاء يتحول به الالتزام الطبيعى إلى التزام مدنى ، فتصح الكفالة بوصفها كفالـة لالتـزام مدنى [٣].

٣- لايجوز استعمال الحق فى الحبس بقصد حمل المدين علـى تنفيذ التزام طبيعى ، لأن فى ذلك إجبارا للمدين على الوفاء بطريق غير مباشر ، وهو أمر غير جائز فى الالتزام الطبيعى .

---

(١) فكانت تجرى على أن :
" ١- لا يقاس التزام طبيعى فى التزام مدنى .
٢- ولا تجوز كفالة الالتزام الطبيعى كفالة شخصية أو عينية مادام التزام طبيعيا " (مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٢ ص ٥٠٢).
(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٢ ص ٥٠٢ .
(٣) عبد المنعم البدراوى ص ٢١ .

(الفصل الأول)
(التنفيــذ العينــى)
مــادة (٢٠٣)

١- يجبر المدين بعد إعذاره طبقا للمادتين ٢١٩ ، ٢٢٠ على تنفيذ التزامه تنفيذا عينيا ، متى كان ذلك ممكنا .

٢- على أنه إذا كان فى التنفيذ العينى إرهاق للمدين جاز لــه أن يقتصر على دفع تعويض نقدى ، إذا كان ذلك لايلحق بالــدائن ضررا جسيما .

الشــرح

١٩٨ـ إجبـار المدين على التنفيـذ العينى :

يجبر المدين بعد إعذاره طبقا للمادتين ٢١٩ ، ٢٢٠ مدنى على تنفيذ التزامه تنفذا عينيا متى كان تنفيذ هذا الالتزام عينيا ممكنا .

١٩٩ـ الأصل فى التعويض هو التعويض العينى :

راجع شرح المادة ١٧١ (بنود ٣٩١ ، ٣٩٢ ، ٣٩٣، ٣٩٤).

٢٠٠ـ شروط التنفيذ العينى :

يجب حتى تقضى المحكمة بإجابة الدائن إلى طلب تنفيذ الالتزام عينيا ، أن تتوافر الشروط الآتية :

الشرط الأول :

أن يكون التنفيذ العينى ممكنا :

يشترط للتنفيذ العينى ، أن يكون التنفيذ العينى ممكنا .

وقد يرجع إمكان التنفيذ إلى طبيعة الالتزام فى ذاته ، وما إذا كانت توجد وسيلة يجبر المدين بمقتضاها على تنفيذ التزامه . فإن كانت طبيعة الالتزام تسمح بتنفيذ الالتزام وتوفرت الوسيلة إلى ذلك كان التنفيذ العينى ممكنا ، كما فى الالتزام بنقل حق عينى وفقا للمادتين ٢٠٤، ٢٠٥ مدنى وفى الالتزام الذى يقوم فيه حكم القاضى مقام التنفيذ كما فى الحكم بصحة التعاقد وفقا للمادة ٢١٠ مدنى (١).

ويعتبر التنفيذ العينى غير ممكن إذا كان إجراؤه يقتضى تدخل المدين الشخصى ويأبى المدين أن يقوم بتنفيذ التزامه ، ويتحقق ذلك على وجه خاص فى عمل الرسام والممثل والفنان بوجه عام . وفى كل عمل فنى كعمل الطبيب وعمل المهندس فإذا لم يلجأ القاضى إلى طريق التهديد المالى ، أو لجأ إليه ولم ينتج ، لم يبق إلا اعتبار التنفيذ العينى غير ممكن ، ولا مناص إذن من مجاوزته والالتجاء إلى طريق التعويض (٢).

---

(١) المستشار أنور طلبه ص١٥٩ ومابعدها .

(٢) السنهورى ص ٧١١ .

وقد ترجع استحالة التنفيذ إلى فعل المدين ، ففى الالتزام بنقل ملكية شئ أو بإنشاء حق عينى يصبح التنفيذ مستحيلا إذا أهلك المدين الشئ أو نقل ملكيته إلى شخص آخر .

وقد ترجع استحالة التنفيذ إلى سبب أجنبى لا يد للمدين فيه ، وفى هذه الحالة فإن الالتزام ينقضى ويمتنع بالتالى الرجوع على المدين بالتعويض (م٣٧٣ مدنى) .

وقد تكون الاستحالة راجعه إلى ميعاد تنفيذ الالتزام . ذلك أن الالتزام قد لا يكون فى تنفيذه جدوى إذا جاوز التنفيذ ميعادا معينا ، كممثل تخلف عن التمثيل فى الميعاد المحدد ، وكإدارة معرض لم تقدم لأحد العارضين مكانا للعرض التزمت بتقديمه حتى انقضت أيام العرض .

فإذا فات الميعاد الذى يجرى فيه تنفيذ الالتزام أصبح التنفيذ العينى غير ممكن حكما ولا مناص إذن من الاقتصار على طلب التعويض [(١)].

والتنفيذ العينى للالتزام بدفع مبلغ من النقود يعتبر ممكنا دائما ، ولا يعتبر التنفيذ العينى لهذا الالتزام مستحيلا لمجرد كون المدين معسرا ، ولذلك لا يتصور فى هذا النوع من الالتزام إلا التنفيذ العينى .

---

(١) السنهورى ص ٧١١- الدكتور اسماعيل غانم فى النظرية العامة للالتزام الجزء الثانى أحكام الالزام والإثبات طبعة ١٩٦٧ ص ١١ ومابعدها.

ولايتصور فيه التعويض عن عدم التنفيذ ، ولكن من الجائز فقط التعويض عن التأخر فى التنفيذ .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"٢- بقى بعد ذلك تحديد فكرة إمكان التنفيذ ، فمتى يسوغ القول بأن تنفيذا لالتزام عينا يدخل فى حدود الإمكان ، ولاسيما فيما يتعلق بميعاد التنفيذ ؟ إذا لم يحدد ميعاد للتنفيذ جاز الوفاء عينا ، مادامت الظروف تسمح به دون أن يخل ذلك بداهة بحق الدائن فيما يجب له من تعويض عن التأخير . ويهئ التقنين الألمانى للدائن وسيلة لقطع الشك باليقين ، فى مثل هذه الحالة ، فيبيح له أن يحدد للمدين ميعادا مناسبا للوفاء عينا ، وأن يشفع هذا التحديد بإبلاغه أنه لن يقبل منه وفاءه بعد انقضاء هذا الميعاد (أنظر المادة ٢٥٠ من التقنين الألمانى) .

وليس ثمة ما يمنع القضاء من العمل بهذا الحكم ، دون حاجة إلى الاستناد إلى نص تشريعى . أما إذا حدد ميعاد للتنفيذ، فالمفروض أن الوفاء العينى يمتنع بعد انقضاء هذا الميعاد ، إلا أن يقيم ذو الشأن الدليل على عكس ذلك " .

الشرط الثانى :

ألا يكون التنفيذ العينى مرهقا :

قد يكون التنفيذ العينى ممكنا ، ولكن فى تحقيقه وفى جبر المدين على الوفاء به إرهاقا له ، ففى هذه الحالة يجوز للمدين أن يطلب إلى القاضى أن يستبدل بالتنفيذ العينى ، التنفيذ عن طريق التعويض ، **إذا كان ذلك لايلحق بالدائن ضرر جسيما .**

وهذا الحكم الوارد فى نص المادة (٢٠٣) هو تطبيق لمبدأ عدم جواز التعسف فى استعمال الحق . وقد كان القضاء المصرى يأخذ به تأسيسا على هذا المبدأ . والواقع أن نص المادة ليس إلا تطبيقا خاصا للمادة (٥/ب) منه التى تنص على أنه : " يكون استعمال الحق غير مشروع . إذا كانت المصالح التى يرمى إلى تحقيقها قليلة الأهمية ، بحيث لا تتناسب البتة مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها ".

فالدائن من حقه أن يطالب بالتنفيذ العينى . ولكن إذا كان فى ذلك إرهاق للمدين فإن المطالبة تكون تعسفا من الدائن فى استعمال حقه ويكون الأولى به أن يكتفى بالتنفيذ بمقابل [١].

---

(١) سمير تناغو ونبيل سعد صد ٢١٢ - عبد المنعم البدراوى ص ٢٩ .

والمراد بالإرهاق العنت الشديد فلا يكفى العسر أو الضيق، بحيث يترتب على إجبار المدين على التنفيذ عينا ضرر فادح لا يتناسب مع ما يحيق الدائن من جراء التخلف عن الوفاء عينا، ويترك تقرير ذلك لقاضى الموضوع (١).

غير أنه يشترط ألا يكون فى العدول عن هذا التنفيذ ولو كان مرهقا ، ضرر جسيم للدائن ، لأن الأخير يكون الأولى بالرعاية لانعدام التعسف من جانبه فى هذه الحالة . ولمحكمة الموضوع سلطةالتقدير والموازنة بين مصالح الدائن ومصالح المدين ، فالعدول إلى التعويض النقدى هو رخصة لقاضى الموضوع ، يلجأ إليها كلما رأى فى التنفيذ العينى إرهاقا للمدين ، ولكن متى رأى أن ما يحيق بالدائن من أضرار يفوق الإرهاق الذى سيصيبه من جراء التنفيذ العينى ، كان له إعمال الحق الأصلى للدائن والحكم بالتنفيذ العينى(٢) .

---

(١) السنهورى ص ٥١٥ – نبيل إبراهيم سعد ص ٢٨ – وحال مناقشة مشروع المادة فى لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ اقترح سعادة الرئيس وصف الإرهاق المشار إليه فى الفقرة الثانية فقال معالى السنهورى باشا إن المراد بالإرهاق العنت الشديد ولا لزوم للوصف لأن الأمر متروك لتقدير القاضى (مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٢ ص ٥١٢) .

(٢) السنهورى ص ٧١٥ ومابعدها – الدكتور مصطفى عدوى ومحمد محى الدين إبراهيم النظرية العامة للالتزام أحكام الالتزام ١٩٩٨ ص ١٦ .

مثل ذلك أن يلتزم المدين بعدم البناء فى مساحة معينة تجـاور ملك الدائن ، ثم يخرق التزامه فيقيم بناء شاهقا يترتب عليه حرمان الدائن من منظر جميل . ففى هذه الحالة يحق للـدائن أن يطالـب بالتعويض لأن هدم البناء يصيب المدين بضرر فادح لايتناسب مـع حرمان الدائن من هذا المنظر (١).

ولعل من التطبيقات التشريعية لذلك ما تنص عليه الفقرة الثانية من المادة ٩٢٥ مدنى من أنه : " ... إلا أنه إذا كانت المنشآت قـد بلغت حدا من الجسامة يرهق صاحب الأرض أن يؤدى مـا هـو مستحق عنها . كان له أن يطلب تمليك الأرض لمن أقام المنشـآت بنظر تعويض عادل " فمع أن ملكية الأرض تشمل ملكية ما فوقهـا وما تحتها ، إلا أنه إذا كان من بنى على أرض ليست مملوكة لـه كان يعتقد بحسن نية أن له الحق فى إقامة هذا البنـاء ، فعندئـذ لا يكون لصاحب الأرض أن يطالب البانى بإزالة ما أقام ، وإنما يخير بين أن يدفع له أقل القيمتين : قيمة المواد وأجرة العمل أو قيمة مـا زاد فى ثمن الأرض بسبب البناء . فإذا كان فى ذلك إرهاق لمالـك الأرض ، كان له أن يطلب تمليك الأرض لمن أقام هذه المنشـآت مقابل تعويض عادل (٢).

---

(١) عبد المنعم الصده ص ٢١ .

(٢) الدكتور محمد على عمران الوجيز فى آثار الالتزام ١٩٨٤ ص ١٩.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" وقد استثنى المشروع حالة واحدة من حكم قاعدة عدم جواز العدول إلى طريق التعويض ، ما بقى التنفيذ العينى ممكنا ، مقتديا فى ذلك بالتقنين الألمانى . فأباح للمدين أن يعمد إلى التعويض النقدى ، إذا كان يصيبه من وراء التنفيذ العينى ضرر فادح ، لايتناسب مع ما يحيق بالدائن من جراء التخلف عن الوفاء عينا ، وفى هذه الحالة لا يسوغ للدائن أن يطالب بالتنفيذ العينى ، بل يقتصر حقه على المطالبة بأداء التعويض الواجب له .

وقد تقدمت الإشارة إلى تطبيق هام من تطبيقات هذا الاستثناء ، يعرض عند إقامة المالك بناء خلافا لما يفرضه عليه التزام ، أو اتفاق بعدم البناء ، وهو أمر كثير الوقوع فى مصر . فمن واجب القاضى فى هذا المقام أن يوازن بين مصالح ذوى الشأن ، وأن يتحاشى تحميل المدين تضحيات جسام دراء لخطر طفيف "[1].

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- لئن كان الأصل أن للدائن المطالبة بتنفيذ التزام مدينه عينا إلا أنه يرد على هذا الأصل استثناء تقضى به المادة ٢/٢٠٣ من القانون المدنى أساسه ألا يكون هذا التنفيذ مرهقا للمدين إذ يجوز فى هذه الحالة أن يقتصر على دفع تعويض نقدى إذا كان ذلك لا يلحق

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٢ ص ٥١٠ ومابعدها .

بالدائن ضررا جسيما فإذا كان الحكم قد أقام قضاءه على أن تنفيذ المؤجرة التزامها بتركيب المصعد ليس من شأنه إرهاقها لأنه سوف يعود عليها بالفائدة بإضافته إلى ملكها والانتفاع بأجرته الشهرية المتفق عليها وكان هذا القول من الحكم لا يؤدى إلى انتفاء الإرهاق عن المؤجرة (الطاعنة) إذ يشترط لذلك ألا يكون من شأن تنفيذ هذا الالتزام على حساب الطاعنة بذل نفقات باهظة لا تتناسب مع ما ينجم من ضرر للمطعون عليه (المستأجر) من جراءالتخلف عن تنفيذه ، وإذ لم يحدد الحكم نوع المصعد المناسب للمبنى والثمن الذى سيتكلفه وما يستتبع ذلك من تحديد نفقات تركيبه وما إذا كان هذا الثمن يتناسب مع قيمة المبنى فقد حجب نفسه عن بحث مدى الإرهاق الذى يصيب الطاعنة بتركيب المصعد لمقارنته بالضرر الذى يلحق المطعون عليه من عدم تركيبه مما يعيب الحكم بمخالفة القانون والقصور فى التسبيب ".

(طعن رقم ٣٠٧ لسنة ٣١ ق جلسة ١٩٦٦/٢/١)

٢- " جرى قضاء محكمة النقض فى ظل القانون المدنى السابق على أن التنفيذ العينى للالتزام هو الأصل والعدول عنه إلى التعويض النقدى هو رخصة لقاضى الموضوع الأخذ بها كلما رأى فى التنفيذ العينى إرهاقا للمدين وعلى ألا يلحق ذلك بالدائن ضررا جسيما ، ومتى كانت محكمة الموضوع قد رأت أن قيمة

الإصلاحات التى أجراها الطاعن (المستأجر) فى العين المؤجرة لاتتناسب مع الأجرة التى يدفعها للمطعون ضده (المؤجر) إذ أنها توازى أجرة العين المؤجرة لمدة تقرب من ثمانى سنوات وانتهت إلى قسمتها بينهما فلا تثريب عليها- ولايقدح فى ذلك إيداؤها – فى أسبابها- تقديرات قانونية خاطئة – طالما أنها انتهت فى حكمها إلى تطبيق صحيح القانون " .

(طعن رقم ١٧٩ لسنة ٤٣ ق جلسة ١٩٨١/١٢/٢)

٣- " " المقرر- فى قضاء محكمة النقض – أن طلب التنفيذ العينى والتنفيذ بطريق التعويض قسيمان يتقاسمان تنفيذ التزام المدين ويتكافآن قدراً بحيث يجوز الجمع بينهما إذ أن تنفيذ الالتزام إما أن يكون تنفيذا عينياً فيقوم المدين بأداء عين ما التزم به أو تنفيذا عن طريق التعويض فى حالة استحالة التنفيذ العينى أو إذا كان ينطوى على إرهاق للمدين وهو ما نصت عليه المادة ٢٠٣ من القانون المدنى " .

(طعن رقم ٢٩٧١ لسنة ٦٠ ق جلسة ١٩٩٤/٤/٧)

الشرط الثالث :

ألا يكون فى التنفيذ العينى جبرا على المدين مساس بحريته الشخصية :

قد لا يكون التنفيذ العينى مستحيلا ، ولا يكون فيه إرهاق للمدين ومع ذلك يمتنع عن المدين تنفيذ التزامه . فإذا كان فى إجباره على

تنفيذ التزامه عينا مساس بحريته الشخصية، فلا يكون التنفيذ العيني ممكنا . وعندئذ يمتنع التنفيذ العيني الجبري ويقتصر الدائن على التعويض النقدي ذلك أن في جبر المدين على القيام بالعمل مصادرة لحريته ، فضلا عن أن القهر غير منتج في هذه الحالة . ومثال ذلك أن يتعهد ممثل أو مغني بالعمل في فرقة مسرحية أو غنائية ، فإذا امتنع هذا أو ذاك عن تنفيذ التزامه عينا ، فلا يجوز إجباره على ذلك .

غير أنه إذا كان لايجوز في هذه الحالة قهر المدين بطريق مباشر على الوفاء ، إلا أنه يجوز – في سبيل حثه على الوفاء بنفسه – أن تستعمل ضده وسيلة تهديدية على أمواله . هذه الوسيلة هي الغرامة التهديدية ، فتحكم المحكمة بإلزامه بدفع مبلغ معين عن كل مدة زمنية يتأخر فيها عن الوفاء غير أنه إذا لم تجد هذه الوسيلة فلا مناص من الاكتفاء بالحكم عليه بالتعويض النقدي كما سنرى .

الشرط الرابع :

إعذار المدين :

(أنظر شرح المادتين ٢١٩ ، ٢٢٠) .

مـــادة (٢٠٤)

الالتزام بنقل الملكية أو أى حق عينى آخر ينقـــل مـــن تلقـــاء نفسه هذا الحق ، إذا كان محل الالتزام شيئا معينا بالـــذات يملكـــه الملتزم ، وذلك دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالتسجيل .

الشـــرح

٢٠١ـ تنفيذ الالتزام بنقل الملكية أو أى حق عينى آخر :

الالتزام بنقل الملكية فى المنقول المعين بالذات ينفذ تلقائيا وبقوة القانون فلا يبقى بعد ذلك إلا مطالبة المدين بتسليم المنقول ، وهـــذا الالتزام بعمل يمكن تنفيذه جبرا على المـــدين . ذلـــك أن الالتـــزام بالإعطاء يتضمن دائما التزام المدين بالمحافظة على الشئ وبتسليمه.

ولا يشترط القانون أى شرط خاص لانتقال الملكيـــة أو الحـــق العينيى ، فيعتبر المشترى مالكا للمبيع بمجرد العقد ولو لم يكن قـــد استلمه من البائع .

ولا يغير من هذا الحكم أن البائع قد يبيع المنقول مرة ثانية إلى مشتر ثان يتسلمه وهو حسن النية فتنتقل إليه الملكية بمقتضى قاعدة الحيازة فى المنقول سند الحائز (م٩٧٦) وذلك لأنه ليس معنى هـــذا أن الملكية لم تنتقل إلى المشترى الأول نتيجة لعدم تسلمه المبيـــع ، وإنما انتقلت الملكية إليه بمجرد العقد مادام المبيع منقولا معينا بذاته ، أما المشترى الثانى ، فلم يتلق الملكية من البـــائع بمقتضـــى البيـــع

الثانى ، إذ أنها قد زالت من البائع بمقتضى البيع الأول ، بل يرجع سبب اكتسابه الملكية إلى واقعة الحيازة المستندة إلى سبب صحيح والمقترنة بحسن نية[1] .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" ١- يتفرع على وجوب التنفيذ العينى وجوبا نافيا للتخيير ، أن الالتزام بنقل حق عينى يترتب عليه انتقال هذا الحق بحكم القانون ، متى كان محل الالتزام شيئا معينا بالذات . ومؤدى هذا ، أن الالتزام بنقل حق عينى ينفذ بمجرد نشوئه ، وأن القانون نفسه هو الذى يتكفل له بترتيب هذا الأثر .

٢- ويجرى هذا الحكم فيما يتعلق بالمنقولات ، دون أن يرد على إطلاقه أى تحفظ أو قيد . فإذا صدر التصرف فى منقول معين بالذات من مالكه ، انتقل حق المالك فيه إلى المتصرف له فور الوقت ، بل ولا تحول دون ذلك قاعدة " إنزال الحيازة فى المنقول منزلة السند المثبت للملكية " بالنسبة لأول خلف يدلى إليه المالك بحقه . وقد يقع أن يدخل المنقول فى يد خلف ثان حسن النية ، تنتقل إليه الحيازة على أثر تصرف ثان يصدر من المالك نفسه ، بعد أن زالت عنه الملكية بمقتضى التصرف الأول . وقد تخلص

---

(١) نبيل سعد ص ٣٠ هامش (١)- اسماعيل غانم ص ١٦ هامش (١).

الملكية لهذا الخلف الثانى ، ولكن الملكية لا تؤول إليه بمقتضى التزام بنقل حق عينى ، بل بطريق آخر من طرق كسب الحقوق العينية ، هو طريق الحيازة . ومن الجائز أن يقال إن ملكية المنقول قد انتقلت أولا إلى الخلف الأول بمقتضى التزام المالك بنقل حق عينى ، ثم آلت منه إلى الخلف الثانى من طريق الحيازة "[١].

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- "متى كان البيع جزافا فإن الملكية فيه تنتقل إلى المشترى بمجرد تمام العقد طبقا للمواد ٤٢٩، ٢٠٤ ، ٩٣٢ من القانون المدنى ولو كان تحديد الثمن موقوفا على تقدير المبيع كما يتم تسليم المبيع فيه طبقا للمادة ٤٣٥ بوضعه تحت تصرف المشترى بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به دون عائق ولو لم يستول عليه استيلاء ماديا مادام البائع قد أعلمه بذلك " .

(طعن رقم ٢٧٦ لسنة ٣٣ ق جلسة ١٩٦٨/٣/٢٨)

٢- (أ)- " ملكية المنقول تنتقل – فيما بين المتعاقدين وبالنسبة للغير- بمجرد التعاقد إذا كان محل الالتزام شيئا معينا بالذات ، مما مفاده أن تصرف البائع فى الشئ لمشتر ثان يكون صادرا من غير مالك لأن ملكيته قد انتقلت منه إلى المشترى الأول . فإذا تعرض

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٢ ص ٥١٥ .

الأخير للمشترى الثانى مدعيا ملكية المبيع وانتزعته منه ، حق للمشترى الثانى الرجوع على بائعه بضمان الإستحقاق " .

(ب)- " يكفى للرجوع بضمان الاستحقاق أن يحرم المشترى فعلا من المبيع لأى سبب سابق على البيع لم يكن له يد فيه ، أو ليس فى مقدروه دفعه ولا يتوقف وجوده على صدور حكم قضائى بنزع ملكية المبيع من المشترى ".

(طعن رقم ٥٥٤ لسنة ٤٦ ق جلسة ١٩٨٢/١١/١٨)

مــادة (٢٠٥)

١- إذا ورد الالتزام بنقل حق عينى على شــئ لــم يعــين إلا بنوعه فلا ينتقل الحق إلا بإفراز هذا الشئ .

٢- فإذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه ، جاز للدائن أن يحصل على شئ من النوع ذاته على نفقة المدين بعد استئذان القاضى أو دون استئذانه فى حالة الاستعجال ، كما يجوز له أن يطالب بقيمة الشئ من غير إخلال فى الحالتين بحقه فى التعويض .

الشــرح

٢٠٢ـ الالتزام بنقل ملكية شئ معين بنوعه :

إذا ورد الالتزام بالإعطاء على منقول لم يعين إلا بنوعه فقــط فيكون من المثليات ، كبيع كمية من الغلال أو كمية من البطــاطس مثلا فلا ينتقل الحق العينى إلا بإفراز الشئ .

ذلك أن الحق العينى سلطة ترد مباشرة على شئ ، فلكى توجــد هذه السلطة يجب أن يكون محلها محددا بالذات . وإذن فتنفيذالمدين لالتزامه بنقل الحق العينى فى هذه الحالة يقتضــى منــه أن يقــوم بإفراز الشئ . وللدائن أن يلجأ إلى القضاء مستأذنا فى أن يحصــل على شئ من النوع ذاته على نفقة المــدين . بــل لا حاجــة لإذن القضاء فى حالة الاستعجال ، كما لو كان الالتــزام بتوريــد أدوات طبية إلى طبيب فى حاجة ماسة إليها .

وللدائن كذلك أن يطالب المدين بقيمة الشئ ، فيكون التنفيذ في هذه الحالة بطريق التعويض ، وليس أساسه أن التنفيذ العيني قد أصبح مستحيلا ، وإنما مرجعه أن الدائن قد ارتضاه ولم يمانع فيه المدين مادام هذا لم يعرض التنفيذ العيني . وفي الحالتين يكون للدائن أن يقتضي فوق ذلك تعويضا عما أصابه من ضرر من جراء التأخير في التنفيذ[١] .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدي أنه :

١- " إذا كان محل الالتزام بنقل حق عيني شيئا معينا بنوعه ، فلا يتيسر التنفيذ عينا إلا بفرز المعقود عليه . وللدائن أن يطالب بالتنفيذ ، على هذا الوجه ، ولو امتنع المدين عن ذلك ، ويكون من واجب الدائن أن يعذر المدين ، في هذه الحالة، ليثبت عليه امتناعه، ثم يحصل على شئ من النوع ذاته على نفقة المدين ، بعد استئذان القاضي أو دون استئذانه عند الاستعجال .

٢- وللدائن كذلك أن يتخذ من الامتناع عن التنفيذ عينا ذريعة للمطالبة بتعويض نقدي يعادل قيمة الشئ . ولا يكون أساس هذه المطالبة استحالة التنفيذ ، وإنما يكون أساسها استبقاء الدائن للتعويض، دون ممانعة من المدين، ذلك أن من حق المدين أن يؤدي عين المعقود عليه ، لا قيمته .

---

(١) نبيل إبراهيم سعد ص ٣١ - اسماعيل غانم ص ١٦ ومابعدها .

٣- وللدائن فى كلتا الحالتين ، حالة الوفاء عينا وحالة الوفاء بمقابل ، أن يقتضى فوق ذلك ما يجب له من تعويض عن التأخير فى التنفيذ "[١].

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" الأشياء المثلية هى التى يعتبر المتعاقدان أن الوفاء بها يتم بتقديم ما يماثلها بدلا منها ، والأشياء القيمية هى التى يعتبر المتعاقدان أن الوفاء بها لا يتم إلا بتقديمها هى عينها وقد يكون الشئ بعينه مثليا فى أحوال وقيميا فى أحوال أخرى . والفصل فى كونه هذا أو ذاك يرجع إلى طبيعة هذا الشئ ونية ذوى الشأن وظروف الأحوال ، فعلى أى وجه اعتبره قاضى الموضوع وبنى اعتباره على أسباب منتجة لوجهة رأيه فلا رقابة لمحكمة النقض عليه " .

(طعن رقم ٣٩ لسنة ٣ ق جلسة ١٩٣٣/١١/٣٠)

(راجع نقض طعن رقم ٥٥٤ لسنة ٤٦ ق جلسة ١٩٨٢/١١/١٨ فى شرح المادة ٢٠٤)

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٢ ص ٥١٧ .

٢٠٣- أتباع طريق أوامر الأداء فى المطالبة بالمنقول المعين بذاته أو نوعه و مقداره :

تنص المادة ١/٢٠١ من قانون المرافعات (المعدلة بالقانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٢) على أن : " استثناء من القواعد العامة فى رفع الدعاوى ابتداء ، تتبع الأحكام الواردة فى المواد التالية إذا كان حق الدائن ثابتا بالكتابة وحال الأداء وكان كل ما يطالب به دينا من النقود معين المقدار أو منقولا معينا بذاته أو بنوعه ومقداره " .

وعلى ذلك يجب على الدائن أن يسلك فى التنفيذ العينى فى المنقول المعين بذاته أو بنوعه ومقداره طريق أوامر الأداء ، إذا توافرت شروط استصدار هذه الأوامر الأخرى ، وليس عن طريق الدعوى .

وطريق أوامر الأداء باعتباره من إجراءات التقاضى يتعلق بالنظام العام .

ويترتب على عدم سلوك هذا الطريق عدم قبول الدعوى ، وتقضى المحكمة بعدم القبول من تلقاء نفسها .

مـادة (٢٠٦)

الالتزام بنقل حق عينـى يتضـمن الالتـزام بتسـليم الشـئ والمحافظة عليه حتى التسليم .

الشـرح

٢٠٤ـ الالتزام التبعى بتسليم الشئ والمحافظة عليه :

يترتب على الالتزام بنقل حق عينى نشوء التزام تبعى بتسـليم المحل الوارد عليه هذا الحق والمحافظة عليه إلى أن يتم التسـليم ، متى كانت طبيعة هذا الحق تتطلب هذا التسليم ، إذ ليس كل التـزام بنقل حق عينى ينشئ التزاما تبعيا بالتسليم ، فالرهن الرسمى حـق عينى تبعى ولكن لا يترتب عليه تسليم العين المرهونة خلافا للرهن الحيازى .

على أن الالتزام بالمحافظة والتسليم لا يكون دائما تابعا لالتزام بنقل حق عينى ، كما هو الشأن فى عقد البيع مثلا ، بل إنه قد يقوم مستقلا بذاته ، كما هى الحال فى عقد الإيجار وعقد الوديعة ، وهو فى كلا الحالين يقبل التنفيذ العينى الجبرى ، وذلـك بـأن يسـتعين الدائن بالسلطة العامة [1].

---

(١) السنهورى ص ٧٣٤ - عبد المنعم الصده ص ٢٤ .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" يتفرع على الالتزام بنقل حق عينى ، متى عين الشئ المعقود عليه ، التزام تبعى بالقيام بعمل يتمثل فى وجوب تسليم هذا الشئ والمحافظة عليه حتى يتم التسليم ، ويستوى فى ذلك أن يكون المعقود عليه شيئا معينا بذاته أو شيئا معينا بنوعه فحسب "[١].

٢٠٥ـ إثبات التسليم :

التسليم التزام تبعى للالتزام الأصلى ، وبالتالى فهو تصرف قانونى باعتباره وفاء بالالتزام ، ولذلك يخضع فى إثباته للقواعد العامة [٢].

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٢ ص ٥٢٢ .

(٢) المستشار أنور طلبه ص ١٩١ .

مـــادة (٢٠٧)

١- إذا التزم المدين أن ينقل حقا عينيا أو أن يقــوم بعمـــل ، وتضمن التزامه أن يسلم شيئا ولم يقم بتسليمه بعد أن أعذر ، فإن هلاك الشئ يكون عليه ولو كان الهلاك قبل الإعذار على الدائن .

٢- ومع ذلك لا يكون الهلاك على المدين ، ولـــو أعـــذر ، إذا أثبت أن الشئ كان يهلك كذلك عند الدائن لو أنه سلم إليه ، ما لم يكن المدين قد قبل أن يتحمل تبعة الحوادث المفاجئة .

٣- على أن الشئ المسروق إذا هلك أوضاع بأية صورة كانت فإن تبعة الهلاك تقع على السارق .

الشـــرح

٢٠٦- تبعة هلاك الشئ :

رأينا أن الالتزام بالتسليم قد يكون أصليا كالالتزام برد الوديعـــة أو برد العارية أو برد العين المؤجرة أو برد العين المرهونة ، فهذا الالتزام يتضمن القيام بعمل ، وقد يكون الالتزام بالتسليم التزاما تبعيا مثل التزام البائع بتسليم العين المبيعة للمشترى لما يتضـــمنه مـــن التزام بنقل حق عينى .

فإذا لم يقم المدين بالتسليم أجبر عليـــه عينـــا أو عـــن طريـــق التعويض .

وإذا كان الالتزام بالتسليم التزاما مستقلا ، فالهلاك يكون على المالك ويغلب أن يكون هو الدائن بالتسليم . ولكن قد يكون المالك هو المدين بالتسليم ، كما فى التزام المؤجر بتسليم العين المؤجرة للمستأجر .

ومن تطبيقات ذلك ما نصت عليه المادة ٥٦٩ مدنى من أنه : "إذا هلكت العين المؤجرة أثناء الإيجار هلاكا كليا انفسخ العقد من تلقاء نفسه " فتبعة الهلاك هنا على المالك وهو المؤجر ، لا على المدين بالرد وهو المستأجر .

ولكن إذا قام المالك بإعذار المدين بالتسليم ثم هلكت العين ، فإن هلاكها يكون عليه ولو كان بقوة قاهرة ، ولا يستطيع المدين أن يتخلص من هذه التبعة إلا إذا أثبت أن الشئ كان يهلك كذلك عند الدائن لو أنه سلم إليه ، وذلك بداهة ما لم يكن المدين قبل أن يتحمل تبعة الحوادث المفاجئة .

أما إذا كان التسليم التزاما تبعيا كالتزام البائع بتسليم المبيع ، فإن تبعة الهلاك تقع قبل التسليم على البائع وهو المدين بالتسليم . ولكن إذا أعذر البائع المشترى بالتسليم فإن هذا الإعذار ينقل التبعة إلى عاتق الدائن وهو المشترى .

٢٠٧ـ تبعة هلاك أو ضياع الشئ المسروق :

إذا هلك الشئ المسروق أو ضاع بأية صورة فإن تبعة الهلاك تقع على السارق ولو أقام الدليل على أن الهلاك يرجع فى الحقيقة إلى حادث فجائى .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" وعلى المدين أن يبذل فى تنفيذ هذا الالتزام التبعى عناية الرجل المعتاد كما سيأتى بيان ذلك ، فإذا هلك الشئ أو ضاع أو خرج عن التعامل- من طريق نزع الملكية مثلا - بغير خطأ من الملزم وقبل إعذاره اختلف الحكم تبعا لما إذا كانت تبعة الهلاك واقعة على عاتق الدائن أو على عاتق المدين . ففى الحالة الأولى وهى الحالة الوحيدة التى واجهتها المادة ٢٨٣ من المشروع يتحمل الدائن الضرر . وإنما يتعين على المدين أن ينزل له عما قد يكون له من حق أو دعوى فى التعويض عن هذا الشئ ، كالحق فى التعويض الناشئ عن التأمين ، ودعوى التعويض بسبب العمل غير المشروع ، ودعوى الرجوع بناء على الإثراء بلا سبب ، والتعويض فى مقابل نزع الملكية للمنفعة العامة ، وما إلى ذلك من الحقوق والدعاوى . أما الحالة الثانية ، حيث تكون تبعة الهلاك على عاتق المدين ، كما هو الشأن فى البيع مثلا ، فينحمل وحده ما ينجم من الضرر عن الهلاك ، ولايلزم بالنزول للدائن عن حق أو دعوى .

٣- ولكن إذا هلك الشئ بعد الإعذار تحمل المدين تبعة الهلاك، ما لم تكن هذه التبعة واقعة على الدائن ، ذلك أن الإعذار يلزم المدين دليل التخلف ، ويثبت عليه بذلك خطأ يرتب مسئوليته ، متى كان هلاك الشئ من جراء الحادث الفجائى راجعا إلى هذا التخلف.

والواقع أن المدين ، فى مثل هذه الحالة ، يكون متسببا فى الهلاك بفعله . أما إذا أثبت المدين أن الشئ كان يهلك فى يد الدائن أيضا ، لو أنه سلم إليه ، فهو بهذا يقيم الدليل على أن الهلاك لا يرجع إلى تخلفه ، بل يرجع حقيقة إلى حادث فجائى ، وبذلك تندفع عنه التبعة ، وينقضى التزامه . بيد أنه يتحمل هذه التبعة كاملة ، إذا كان الشئ مسروقا ، متى كان هو السارق ، ذلك أن خطأه الأول ، فى ارتكاب جريمة السرقة ، لا يسقط عنه ، ولو بإقامة الدليل على أن الهلاك يرجع فى الحقيقة إلى حادث فجائى .

٤- وغنى عن البيان ، أن القواعد التى تقدمت الإشارة إليها تسرى على جميع ضروب الالتزام بالمحافظة والتسليم ، أيا كان وصفه، سواء فى ذلك أن يكون متفرعا على التزام بنقل حق عينى ، كما هو الشأن فى البيع والمقايضة ، أو أن يكون مستقلا قائما بذاته ، كما هى الحال فى الإجارة وعارية الاستعمال والوديعة "[1].

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٢ ص٥٢٢ ومابعدها .

مـادة (٢٠٨)

فى الالتزام بعمل ، إذا نص الاتفاق أو استوجبت طبيعة الـدين أن ينفذ المدين الالتزام بنفسه ، جاز للدائن أن يرفض الوفاء مـن غير المدين .

الشـرح

٢٠٨- تنفيذ الالتزام بعمل :

أيا كان مضمون الالتزام بعمل ، أى سواء أكان التزامـا ببـذل عناية أى التزاما بوسيلة أم التزاما بتحقيق نتيجة، فإن تنفيـذ هـذا الالتزام يستلزم صدور عمل إيجابى معين مـن جانـب المـدين . وطبيعى أنه لا يمكن جبر المدين على القيام بالعمل شخصـيا ، لأن فى هذا مساسا بحريته ، فضلا عن أن مثل هذا الإجبار قد لا يكون مؤديا إلى القيام بالعمل على الوجه المرغوب فيه .

فإذا نص الاتفاق أو استوجبت طبيعة الـدين أن ينفـذ المـدين الالتزام بنفسه كحالة الاتفاق مع طبيب معين أو فنان معين أو محام معين ، وامتنع المدين عن القيام بالعمل المطلوب فإنه يجوز للـدائن أن يرفض الوفاء من غير المدين ، إنما يستطيع الدائن أن يلجأ إلى الغرامات التهديدية ، وهذه قد تفيد فى حمل المدين على الوفاء كمـا سنرى . فإن أصر المدين على عدم الوفاء فـلا سـبيل للـدائن إلا التنفيذ بطريق التعويض النقدى .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" إذا كان الالتزام الواجب تنفيذه التزاما بعمل ، فينبغى التفريق بين حالة ضرورة قيام المدين نفسه بالوفاء ، وحالة انتفاء هذه الضرورة . ففى الحالة الأولى يتعين على المدين أن يتولى أداء ما التزم به شخصيا كما إذا كان ممثلا أو مغنيا أو مصورا ، فإن امتنع عن ذلك كان للدائن أن يلجأ إلى الغرامات التهديدية ، أو التعويض النقدى ، عند عدم اشتراط جزاء "[1].

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٢ ص ٥٢٧ .

مـــادة (٢٠٩)

١- فى الالتزام بعمل ، إذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه ، جاز للدائن أن يطلب ترخيصا من القضاء فى تنفيذ الالتزام على نفقـــة المدين إذا كان هذا التنفيذ ممكنا .

٢- ويجوز فى حالة الاستعجال أن ينفذ الدائن الالتـــزام علـــى نفقة المدين دون ترخيص من القضاء .

الشـــرح

٢٠٩- الترخيص من القضـاء فى تـنفيذ الالتزام بعمل علـى نفقـة المدين إذا كان التنفيذ ممكنا :

أيا كان مضمون الالتزام بعمل ، سواء كان التزاما بنتيجـــة أو التزاما بعناية ، فإن تنفيذ هذا الالتزام يقتضى صدور عمل إيجـــابى من المدين . فإذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه ، ولم يكن ضروريا أن يقوم المدين بالتنفيذ بنفسه ، كما لو تعهد مقاول ببناء منزل أو شـــق مصرف ، وكما فى التزام المؤجر بالقيام بالترميمات الضـــرورية . فبالنسبة للدائن لا أهمية لشخص من يقوم بالبناء أو الترميم . لـــذلك يجوز للدائن أن يطلب ترخيصا من القضاء فى تنفيذ الالتزام علـــى نفقة المدين . بل ويجوز للدائن فى حالة الاستعجال أن ينفذ الالتزام على نفقة المدين دون انتظار لترخيص القضاء . كما لو ترتب على عدم قيام المؤجر بالترميمات الضرورية أن انفجرت مواسير المياه

مثلا . وفى هذه الحالة يكون الالتزام قد نفذ تنفيذا عينيا جبرا عن المدين .

ويجوز من باب أولى الالتجاء إلى القضاء المستعجل للحصول على هذا الترخيص [١].

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" ... وفى الحالة الثانية يجوز للدائن أن يقتضى التنفيذ عينا من غير تدخل المدين بأن يستصدر إذنا من القاضى يخوله أن يتولى هذا التنفيذ على نفقة المدين (كإجراء إصلاحات عاجلة يلتزم المؤجر القيام بها مثلا) .

بل يجوز التجاوز عن إذن القضاء فى حالة الاستعجال " [٢].

٢١٠ ـ قيام الدائن بالتنفيذ العينى على نفقة المدين دون ترخيص من القضاء رخصة له :

خولت المادة للدائن فى حالة الاستعجال القيام بالتنفيذ العينى على نفقة المدين بدون ترخيص من القضاء . فهى منحته رخصة فى ذلك روعى فيها مصلحته ولا يمكن مؤاخذته على عدم استعمالها .

---

(١) اسماعيل غانم ص ٢٠ هامش (٢) .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٢ ص ٥٢٧ .

وفى هذا قضت محكمة النقض بـأن :

" ليس للدائن القيام بالتنفيذ العينى علـــى نفقــة المـــدين بغيـــر ترخيص من القضاء وما أجازته المادة ٢٠٩ من القـــانون المـــدنى للدائن فى حالة الاستعجال من القيام بهذا التنفيذ على نفقــة المـــدين دون ترخيص من القضاء إن هى إلا رخصة منحها المشرع للدائن ملحوظا فيها مصلحته ولا يمكن مؤاخذته على عدم استعمالها ، فإذا كان الحكم المطعون فيه قد اتخذ من عدم قيام المســتأجر بالتنفيــذ العينى – بإزالة أعمال التعرض من المؤجر – على نفقته أو علـــى نفقة المؤجر بغير ترخيص من القضاء دليلا على إساءة المستأجر استعمال الدفع بعدم التنفيذ– بالامتناع عن الوفاء بـــالأجرة– فإنـــه يكون قد آخذه على عدم قيامه بعمل لا يجيزه القانون أو لا يستلزمه ويكون هذا التدليل من الحكم فاسدا ومنطويا على مخالفة القانون ".

(طعن رقم ٣٥٠ لسنة ٣٠ ق جلسة ١٩٦٥/١١/١١)

٢١١ـ أثر التنفيذ على نفقة المدين :

ترخيص القضاء للدائن بالقيام بالتنفيذ العينى على نفقة المدين ، لايعنى انقضاء الالتزام بداهة ، بل هو لا زال قائمـــا نافـــذا بـــين الطرفين . ولذلك فإذا كان المدين قد نفذ بعض التزامه ، ثم رخص القضاء للدائن فى تنفيذ الباقى ، فلا يجوز للمدين أن يبادر بالمطالبة

بقيمة ما سبق أن أداه ، ذلك أن الوضع لا يستقر بين الطــرفين إلا بعد المحاسبة على الأعمال التى قام بها المدين ، والأعمال التـــى يقوم بها الدائن بناء على ترخيص القضاء.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" القضاء بتنفيذ العقد تنفيذا عينيا على نفقة المقاول عملا بالمادة ٢٠٩ من القانون المدنى مؤداه عدم استحالة تنفيذ العقد وبقاؤه نافــذ الأثر بين طرفيه فيتحمل المقاول تبعته ويحاسب علـــى نتيجتــه لا بالنسبة لما أتمه من أعمال فحسب بل بالإضافة إلى ما قد يكون رب العمل قد قام به من أعمال مكملة للأعمال المتفق عليها فى العقــد ، ذلك أن الأوضاع لا تستقر بين طرفى العقد إلا بعد المحاسبة علـــى الأعمال التى قام بها المقاول وما عسى أن يكون رب العمل قد أتمه على أساس التنفيذ العينى للعقد ".

(طعن رقم ٤٥ لسنة ٢٨ ق جلسة ١٩٦٣/٤/٢٥)

مـــادة (٢١٠)

فى الالتزام بعمل يقوم حكم القاضى مقام التنفيذ ، إذا سـمحت بهذا طبيعة الالتزام .

الشــرح

٢١٢ـ قيام حكم القاضى مقام التنفيذ إذا سمحت بذلك طبيعة الالتزام :

من المتصور فى الالتزام بعمل أن تسمح طبيعته فـى بعـض الحالات بأن يقوم حكم القاضى مقام التنفيذ . ومثل ذلـك الحكـم الصادر بثبوت التعاقد وصحته ، حيث يقوم تسجيله مقـام تسـجيل العقد، فينتقل به الحق العينى على الرغم من امتناع المـدين عـن التنفيذ ومن ذلك أيضا ما نصت عليه المادة ١٠٢ من القانون المدنى من أنه إذا وعد شخص بإبرام عقد ثم نكل وقاضاه الموعود له طالبا تنفيذ الوعد ، وكانت الشروط اللازمة لتمام العقد وبخاصة ما يتعلق منها بالشكل متوافره ، قام الحكم متى حاز قوة الشئ المقضى بـه مقام العقد الذى التزم الواعد بإبرامه .

وكذلك التزام الدائن المرتهن بشطب الرهن بعد سداد الدين فإن لم يتقدم لمكتب الشهر العقارى مقرا بذلك جاز للمدين أن يستصـدر حكما يقوم مقام التنفيذ العينى ويشطب بموجبه الرهن .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" يقوم حكم القاضى مقام التنفيذ العينى أحيانا ، رغم ضرورة وفاء المدين نفسه بما التزم به .

فإذا امتنع البائع مثلا عن التصديق على إمضائه فى عقد البيع، فلم يتيسر التسجيل ، جاز للمشترى أن يستصدر حكما بصحة التعاقد ، فيكون هذا الحكم بمنزلة العقد ، وتنتقل ملكية العقار المبيع بمقتضاه ، عند تسجيله .

وكذلك إذا وعد شخص بإبرام عقد وامتنع عن الوفاء بوعده ، جاز للمحكمة أن تحدد له ميعادا للتنفيذ ، فإذا لم يقم بالوفاء فى خلال هذا الميعاد ، حل حكم القضاء محل العقد المقصود إبرامه . (أنظر المادة ١٥١ من المشروع) . ففى كل من هذين التطبيقين يقوم الحكم مقام التنفيذ العينى ، ويغنى عنه "(١) .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" المقرر وعلى ما تقضى به المادة ٢١٠ من القانون المدنى- أنه فى الالتزام بعمل يقوم حكم القاضى مقام التنفيذ إذا سمحت بهذا طبيعة الالتزام ".

(طعن رقم ١٣٧٥ لسنة ٦٦ ق جلسة ١٩٩٨/٢/٤)

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٢ ص ٥٢٩ .

مــادة (٢١١)

١- فى الالتزام بعمل ، إذا كان المطلوب من المــدين هــو أن يحافظ على الشئ ، أو أن يقوم بإدارته ، أو أن يتوخى الحيطة فى تنفيذالتزامه ، فإن المدين يكون قد وفى بالالتزام إذا بذل فى تنفيذه من العناية كل ما يبذله الشخص العادى ، ولو لم يتحقق الغــرض المقصود . هذا ما لم ينص القانون أو الاتفاق على غير ذلك .

٢- وفى كل حال يبقى المدين مسئولا عما يأتيه من غــش أو خطأ جسيم .

الشـــرح

٢١٣ـ العناية المطلوبة من المدين :

يميز الفقه الحديث فى الالتزام بعمل بين نــوعين : ١- التــزام بغاية وهو الذى يكون فيه المدين ملزما بتحقيق نتيجة معينة بقطــع النظر عن الوسائل التى تؤدى إلى هذه النتيجة كالالتزام بإقامة بناء معين برسمه ومواصفاته والالتزام بتوريد قدر محدد من القمح.

٢- والتزام بوسيلة وهو الذى لا يكون فيــه المــدين ملزمــا بتحقيق نتيجة ، بل يقتصر فيه التزامه على أن يبذل جهدا معينا فى سبيل تحقيق نتيجة محددة كالتزام الطبيب بعلاج المريض والتــزام المحامى بالدفاع عن موكله فى قضية معينة [١].

---

(١) سليمان مرقس ص ٥٥ ومابعدها .

وتقتصر المادة على حكم الالتزام الثانئ وهو الالتزام بوسـيلة، فتحددمدى العناية التى يتعين على المدين أن يبذلها فى تنفيذ الالتزام فتجرى على أنه إذا كان المطلوب من المدين هو أن يحـافظ علـى الشئ أو يقوم بإدارته أو أن يتوخى الحيطة فى تنفيذ التزامـه فـإن المدين يكون قد وفى بالالتزام إذا بذل فى تنفيذه من العناية كل مـا يبذله الشخص العادى ولو لم يتحقق الغرض المقصود . وهذا القدر هو عناية الشخص المعتاد حتى لو كانت عنايته بشئون نفسه تجاوز ذلك ، فإن كانت عنايته لشئون نفسه تقل عـن عنايـة الشـخص المعتاد، وجب عليه بذل عناية الشخص المعتـاد ، وهـى عنايـة متوسطة يستخلصها قاضى الموضوع من طبيعة العمل .

وتتوافر مسئولية المدين إن لم يبذل القدر المطلوب من العنايـة، ويقدر التعويض بقدر الضرر الذى لحق الدائن وليس بقدر مـا لـم يبذل من العناية [١].

فالطبيب ينفذ التزامه بعلاج المريض بأن يبـذل فـى فحصـه وتشخيص مرضه ووصف الدواء له وتتبع سير مرضه مثل العناية التى يبذلها الطبيب العادى فى مثل ظروفه ، ولا يعتبـر أنـه نفـذ التزامه ما لم يبذل كل العناية الواجبة وفقا لهذا المعيار .

---

(١) المستشار أنور طلبه ص ٢٠١ .

غير أنه يجوز للطرفين الاتفاق على العدول - ولو ضمنا- عن هذا المعيار المجرد إلى معيار خاص معين .

ومن ذلك ما يقع فى الوكالة والوديعة غير المأجورة ، فغالبا ما يستخلص من الظروف أن العناية التى يقصد اقتضاؤها من الوكيل أو الوديع هى عناية كل منهما بشئونه الخاصة ، دون أن تجاوز فى ذلك درجة العناية الوسطى وعلى نقيض ذلك يقصد فى عارية الاستعمال عادة إلى إلزام المدين ببذل ما يبذل من العناية فى شئونه الخاصة على ألا يقصر فى ذلك عن الدرجة الوسطى ، ومتى تقررت درجة العناية الواجب اقتضاؤها من المدين ، اعتبر كل تقصير فى بذل هذه العناية ، مهما يكن طفيفا ، خطأ يرتب مسئولية المدين .

ومهما يكن من أمر فمن المسلم أن المدين يسأل على وجه الدوام عما يأتى من غش أو خطأ جسيم ، سواء أكان معيار العناية الواجبة ، معيارا عاما مجردا أو خاصا معينا .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

١- " ترد المادة ٢٨٨ صور الالتزام بعمل إلى طائفتين جامعتين : تنتظم أولاهما ما يوجب على الملتزم المحافظة على الشئ، أو إدارته ، أو توخى الحيطة فى تنفيذ ما التزم الوفاء به ،

وبعبارة أخرى ما يتصل الإلزام فيه بسلوك الملزم وعنايته . أما الثانية ، فيدخل منها ما عدا ذلك من صور العمل ، كالالتزام بإصلاح آلة .

وتقتصر المادة ٢٨٨ على حكم الطائفة الأولى ، فتحدد مدى العناية التى يتعين على المدين أن يبذلها فى تنفيذ الالتزام .

والأصل فى هذه العناية أن تكون مماثلة لما يبذل الشخص المعتاد، فهى بهذه المثابة وسط بين المراتب ، يناط بالمألوف فى عناية سواد الناس بشئونهم الخاصة وعلى هذا النحو يكون معيار التقرير معيارا عاما مجردا ، فليس يطلب من المدين إلا التزام درجة وسطى من العناية ، أيا كان مبلغ تشدده ، أو اعتداله ، أو تساهله ، فى العناية بشئون نفسه .

٢- على أن نية المتعاقدين قد تنصرف إلى العدول عن هذا المعيار العام المجرد إلى معيار خاص معين . ومن ذلك ما يقع فى الوكالة ، والوديعة غير المأجورة .

فغالبا ما يستخلص من الظروف أن العناية التى يقصد اقتضاؤها من الوكيل أو الوديع هى عناية كل منهما بشئونه الخاصة ، دون أن تجاوز فى ذلك درجة العناية الوسطى . وعلى نقيض ذلك يقصد فى عارية الاستعمال ، عادة ، إلى إلزام المدين ببذل ما يبذل من العناية فى شئونه الخاصة ، على ألا يقصر فى ذلك عن درجة العناية

الوسطى . ومتى تقررت درجة العناية الواجب اقتضاؤها من المدين، اعتبر كل تقصير فى بدل هذه العناية ، مهما يكن طفيفا ، خطأ يرتب مسئولية المدين .

٣- ومهما يكن من أمر ، فمن المسلم أن المدين يسأل على وجه الدوام ، عما يأتى من غش أو خطأ جسيم ، سواء أكان معيار العناية الواجبة معيارا عاما مجردا أم خاصا معينا "[١].

وقد قضت محكمة النقض بأن:

" مسئولية الطبيب لا تقوم – فى الأصل- على أنه يلتزم بتحقيق غاية هى شفاء المريض ، وإنما يقوم ببذل العناية الصادقة فى سبيل شفائه . ولما كان واجب الطبيب فى بذل العناية مناطه ما يقدمه طبيب يقظ من أوسط زملائه علما ودراية فى الظروف المحيطة به أثناء ممارسته لعمله مع مراعاة تقاليد المهنة والأصول العلمية الثابتة وبصرف النظر عن المسائل التى اختلف فيها أهل هذه المهنة لينفتح باب الاجتهاد فيها ، فإن انحراف الطبيب عن أداء هذا الواجب يعد خطأ يستوجب مسئوليته عن الضرر الذى يلحق بالمريض ويفوت عليه فرصة العلاج مادام هذا الخطأ قد تداخل بما يؤدى إلى ارتباطه بالضرر ارتباط السبب بالمسبب ، فإذا كان

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٢ ص ٥٣٢ ومابعدها .

الحكم المطعون فيه قد حصل من الواقع أن الطاعن – طبيب- قد أمر بنقل مريضة من مستشفى إلى آخر ، وهى على وشك الوفاة وقبل إحالتها إلى القسم المختص لفحصها واتخاذ ما يجب بشأنها مما أدى إلى التعجيل فى وفاتها ، واعتبر الحكم هذا التصرف خطأ لا يبرره له ادعاء الطاعن بعدم ضرورة التدخل الجراحى إذ أن هذا الادعاء – بفرض صحته – لم يكن ليحول دون إحالة المريضة إلى القسم المختص لفحصها وتقرير العلاج اللازم لها وتأخير نقلها من هذا المستشفى إلى الوقت الملائم لحالتها المرضية ، فإن الحكم يكون قد التزم صحيح القانون " .

(طعن رقم ٣٨١ لسنة ٣١ ق جلسة ١٩٦٦/٣/٢٢)

٢١٤ـ عدم تنفيذ الالتزام يعد خطأ فى ذاته :

عدم تنفيذ المدين لالتزامه التعاقدى يعتبر خطأ فى ذاته يرتب مسئوليته ، ولا تدرأ عنه هذه المسئولية إلا إذا أثبت قيام السبب الأجنبى الذى تنتفى به علاقة السببية .

مــادة (٢١٢)

إذا التزم المدين بالامتناع عن عمل وأخل بهذا الالتزام ، جـاز للدائن أن يطلب إزالة ما وقع مخالفا للالتزام . وله أن يطلب مـن القضاء ترخيصا فى أن يقوم بهذه الإزالة على نفقة المدين .

الشــرح

٢١٥ـ تنفيذ الالتزام بالامتناع عن عمل :

يكون التزام المدين بالامتناع عن عمل ، بأن يتجنـب المـدين إتيان العمل الذى التزم بالامتناع عنه ، كالتاجر الذى يبيع متجـره فى جهة ما ويلتزم بعدم فتح متجر آخر فى هذه الجهة ، فإن تنفيـذ التزامه يكون بتجنب فتح متجر آخر فى الجهة المذكورة ولو باسـم مستعار ، والممثل الذى يتعاقد مع مسرح معين أو مع شركة أفـلام ويتعهد بالامتناع عن التمثيل على أى مسرح آخر أو فـى أى فـيلم لشركة أخرى يكون تنفيذ التزامه هذا بتجنب التمثيل على أى مسرح أو فى أى فيلم آخر .

ويلاحظ أن الالتزام بامتناع يعتبر دائما التزاما بغايـة ، أى أن المدين به يكون ملزما بتحقيق الامتناع ولا يكتفى منه بـأن يبـذل جهده هو أو درجة معينة من العناية فى سبيل تحقيق ذلك .

وكذلك يجب أن يكون تنفيذ التزامه هذا بحسن نية ، فإذا نفـذه بسوء نية لم يكن تنفيذه صحيحا ، كما إذا تعهد شخص لجاره بعـدم

إدارة آلة للرى ليلا ثم شب عند الجار وفى غيبته ذات ليلة حريق كان إطفاؤه يحتاج إلى الماء الذى تخرجه تلك الآلة . فلا يعتبر امتناع المتعهد عن إدارة الآلة المذكورة فى تلك الليلة تنفيذا صحيحا لالتزامه بعدم إدارتها ليلا بوجه عام ، لأنه لايتفق مع حسن النية الذى يجب أن يسود تنفيذ الالتزامات [١].

٢١٦- إزالة ما وقع مخالفا للالتزام :

إذا ظل المدين ملتزما بالامتناع عن العمل الذى التزم بالامتناع عنه ، فإنه يكون قائما بتنفيذ التزامه تنفيذا عينيا .

أما إذا أتى العمل الممنوع فإنه يكون قد أخل بالتزامه . ولايكون ثمة مجال إلا التعويض . أما التنفيذ العينى نفسه فقد أصبح مستحيلا بمجرد الإخلال بالالتزام .

ولكن يجوز التعويض العينى عن مخالفة التزام المدين ، ويتم ذلك بإزالة المخالفة التى وقعت إخلالا بهذا الالتزام . والفرق بين التنفيذ العينى والتعويض العينى أن الأول يكون قبل وقوع الإخلال بالالتزام فيكون هناك تنفيذ عينى للالتزام عن طريق عدم الإخلال به . والثانى يكون بعد وقوع الإخلال بالالتزام فإزالة المخالفة تكون

---

(١) سليمان مرقس ص ٥٧ .

هى التعويض العينى [١]. وفى هذه الحالة يكون للدائن أن يستصدر إذنا من القضاء بأن يقوم بهذه الإزالة على نفقة المدين، كما لو كان التزام المدين بعدم تجاوز حد معين فى الارتفاع بالبناء، أو بعدم البناء فى جزء معين من الأرض المشتراه إذا كان عقد شراء تلك الأرض يلزمه بأن يخصص جزءا منها للحديقة مثلا ، فيطلب الدائن إزالة البناء الزائد .

ويجب للإزالة الرجوع إلى القاضى واستصدار حكم بها ، ولم يجز المشرع للدائن القيام بالإزالة بنفسه فى حالة الاستعجال ، ذلك أن إزالة ما وقع مخالفا للالتزام بالامتناع عن عمل أمر لا يخلو من العنف ، فلا يستساغ أن يقوم به الدائن قبل أن يستصدر حكما بذلك [٢].

---

(١) السنهورى ص ٧٤٧ – المستشار أنور طلبه ص ٢٠٢– ويرى فريق من الفقه أن الإزالة تعد تنفيذا عينيا لا تعويضا عينيا (اسماعيل غانم ص ١١ ، ١١١ – عبد المنعم البدراوى ص ٣٦ – سمير عبد السيد تناغو ص ٢١٧) – ويذهب الدكتور اسماعيل غانم فى بيان هذا الرأى قائلا (ص ١١١ ومابعدها) " ففى الالتزام بالامتناع عن عمل ، إذا قام المدين بالعمل الممنوع فطالب الدائن بإزالة المخالفة التى وقعت ، كانت الإزالة تنفيذا عينيا للالتزام بالنسبة للمستقبل، فهى ليست تعويضا عينيا، إذ أن الدائن فى هذه الحالة لن يحصل بالنسبة للمستقبل على مقابل لما التزم به المدين ، بل على عين ما التزم به بمنع العمل الذى التزم المدين بالامتناع عنه . ويؤيد ذلك أن المشرع قد أورد المادة ٢١٢ فى الفصل المخصص للتنفيذ العينى " .

(٢) اسماعيل غانم ص ١٩ – عبد المنعم البدراوى ص ٣٧ .

وقد كان المشروع التمهيدى ينص فى المادة (٢٨٩) منه المقابلة للنص الحالى على أن للدائن " أن يطلب من القضاء ترخيصا فى أن يقوم بهذه الإزالة على نفقة المدين ، وفى حالة الاستعجال يكون له أن يزيل المخالفة دون ترخيص" . إلا أن لجنة المراجعة حذفت عبارة " وفى حالة الاستعجال يكون له أن يزيل المخالفة دون ترخيص " لأن هذا الحكم قد يوقع فى اضطراب بحسن تجنبه [١].

وإذا كان التعويض العينى مرهقا للمدين ، ولا يترتب على القضاء بتعويض نقدى ضرر جسيم يلحق الدائن ، بحيث لا تتناسب الفائدة التى ستعود على الدائن من الإزالة مع الضرر الذى سيصيب المدين نتيجة لها . فإنه يكون للمحكمة بدلا من القضاء بالإزالة أن تقضى للدائن بتعويض نقدى تطبيقا للمادة ٢/٢٠٣مدنى. مثل ذلك أن يقيم الجار بناء فيجور بحسن نية على جزء من الأرض الملاصقة، فللمحكمة بدلا من أن تأمر بإزالة البناء ، أن تقتصر على تعويض صاحب الأرض الملاصقة تعويضا نقديا ، بأن ينزل هذا عن ملكية الجزء المشغول بالبناء فى نظير تعويض عادل (م٩٢٨ مدنى) .

وقد يكون التعويض العينى غير كاف لتعويض الضرر تعويضا كاملا ، فيضاف إليه تعويض نقدى .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٢ ص٥٣٤ ومابعدها .

وقد لا يمكن إلا بالتعويض النقدى ، مثل ذلك إذا أفشى المحامى أو الطبيب سر المهنة ، فى مثل هذه الحالة لا يكون أمام الدائن إلا أن يطالب بتعويض نقدى .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" ١- إذا التزم المدين بالامتناع عن عمل ، فمجرد إخلاله بالتزامه يرتب مسئوليته ، ويكون بذلك ملزما بأداء تعويض نقدى.

٢- وقد يكون الوفاء العينى ممكنا من طريق إزالة ما استحدث إخلالا بالالتزام ، وفى هذه الحالة يكون للدائن أن يستصدر إذنا من القضاء بأن يقوم بهذه الإزالة على نفقة المدين ، بل وله أن يتجاوز عن هذا الإذن على مسئوليته عند الاستعجال .

٣- وأخيرا تحسن الإشارة إلى أمرين : أولهما جواز الجمع بين التنفيذ العينى والتعويض النقدى ، عند أول إخلال يقع من المدين . والثانى جواز العدول عن التنفيذ العينى ، ولو كان ممكنا ، والاكتفاء بالتعويض النقدى ، وفقا لأحكام الفقرة الثانية من المادة ٢٧٩، إذا كان يصيب المدين من جراء التنفيذ على هذا الوجه ضرر فادح"[١].

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٢ ص ٥٣٥ .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" مفاد نص الفقرة الثانية من المادة ١٠١٨ من القانون المدنى أن القانون قد جعل الحكم بالتعويض بديلا عن الحكم بالإصلاح العينى – عند مخالفة أحد الملاك لقيود البناء الاتفاقية– فى الأحوال التى تجوز فيها المطالبة بإصلاح المخالفات عينا ، والتى ترى فيها المحكمة أن فى ذلك إرهاقا لصاحب العقار المرتفق به المالك المخالف– فى هذه الأحوال يجوز للمحكمة الاكتفاء بالحكم بالتعويض" .

(طعن رقم ١٣٠ لسنة ٤٢ ق جلسة ١٩٧٦/٥/٢٥)

مــادة (٢١٣)

إذا كان تنفيذ الالتزام عينا غير ممكن أو غير ملائم إلا إذا قام به المدين نفسه جاز للدائن أن يحصل على حكم بإلزام المدين بهذا التنفيذ وبدفع غرامة تهديدية إن امتنع عن ذلك .

وإذا رأى القاضى أن مقدار الغرامة ليس كافيا لإكراه المــدين الممتنع عن التنفيذ جاز له أن يزيد فى الغرامة كلمــا رأى داعيــا للزيادة .

الشــرح

٢١٧ـ المقصود بالغرامة التهديدية :

ذكرنا سلفا أن التنفيذ العينى للالتزام بعمل لا يمكــن اقتضــاؤه جبرا على المدين إذا كان هذا التنفيذ غير ممكن أو غير ملائــم إلا إذا قام به المدين نفسه . فعندئذ يقتصر حق الدائن علــى المطالبــة بالتعويض. ومع هذا نصت المادة (٢١٣) على وسيلة للضغط بهــا على إرادة المدين لعله ينفذ الالتزام عينا . هــذه الوســيلة تســمى الغرامة التهديدية أو التهديد المالى فمثلا لو امتنع ممثل عن التمثيل فى المسرح المتعاقد معه ، أو لو امتنعت شركة الكهرباء عن مــد أحد المشتركين بالتيار الكهربائى ، كان للمحكمة أن تقضى بــإلزام الممثل بالتمثيل وإلزام الشركة بتوريد الكهرباء ، وأن تضيف الحكم بإلزام المدين بدفع مبلغ من النقود عن كل يوم أو شهر يتأخر فيــه

عن التنفيذ وإلى حين قيامه بالتنفيذ . وغالبا ما يذعن المدين لأمر المحكمة تحت هذا التهديد فيقوم بالتنفيذ ، ذلك أن مقدار الغرامة يفوق بشكل كبير فى العادة قيمة الضرر الذى يسببه التأخير للدائن[١].

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" وتسرى قواعد الغرامات التهديدية على كل التزام بعمل أو بامتناع عن عمل ، أيا كان مصدره ، متى كان الوفاء به عينا لايزال فى حدود الإمكان ، وكان هذا الوفاء يقتضى تدخل المدين نفسه . والغرامة التهديدية هى مبلغ من المال يقضى بإلزام المدين بأدائه ، عن كل يوم ، أو أسبوع ، أو شهر ، أو أية فترة معينة من الزمن ، أو عن كل إخلال يرد على الالتزام ، ويقصد من هذه الغرامة إلى التغلب على ممانعة المدين المتخلف ، ولهذا أجيز

---

(١) عبد المنعم البدراوى ص ٣٨ ومابعدها – وكانت وسيلة التهديد المالى من ابتداع القضاء الفرنسى الذى ثبت عليها منذ حكم أصدرته محكمة النقض الفرنسية فى ٢٩يناير ١٨٣٤ . وقد كان مسلك القضاء الفرنسى موضع نقد شديد فى أول الأمر من جانب الفقه إلا أن القضاء قد ثبت رغم هذا على مسلكه ، وخف من ناحية أخرى نقد الفقه لهذا المسلك . وقد ساير القضاء المصرى القضاء الفرنسى فى هذا السبيل . حتى جاء التقنين المدنى الجديد فقنن ما استقر عليه القضاء فى المادتين ٢١٣ ، ٢١٤ (عبد المنعم البدراوى ص ٣٨ ومابعدها).

للقاضى أن يزيد منها إزاء تلك الممانعة ، كلما آنس أن ذلك أكفل بتحقيق الغرض المقصود "[١].

كما جاء بها : " ويتضح مما تقدم أن الغرامة التهديدية ليست ضربا من ضروب التعويض وإنما هو طريق من طرق التنفيذ ، رسمها القانون ، وقصر نطاق تطبيقها على الالتزامات التى يقتضى الوفاء بها تدخل المدين بنفسه "[٢] .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" حكم الإلزام بدفع الغرامة التهديدية– وهى لا تعدو بدورها وبحسب طبيعتها أن تكون حكما تهديديا بتعويض مؤقت قابل للتغيير والتقدير طبقا للمادة ٢١٣ من القانون المدنى ومن ثم لا يجوز التنفيذ به جبرا عن المدين " .

(طعن رقم ١٠ لسنة ٤٣ ق جلسة ١٩٨٣/١/٢٥)

(طعن رقم ٢٣٢٩ لسنة ٥٤ ق جلسة ١٩٩١/٦/٥ – غير منشورين)

٢١٨ـ شروط الحكم بالغرامة التهديدية :

يشرط للحكم بالغرامة التهديدية توافر الشروط الآتية :

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٢ ص ٥٤٠ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٢ ص ٥٤٠ .

الشرط الأول

أن يكون تنفيذ الالتزام عينا مازال ممكنا :

يشترط للحكم بالتهديد المالي- أن يكون هناك التزام ، فلا معنى للقول باتخاذ وسيلة لتهديد المدين إذا كان الالتزام لم يوجد أصلا ، أو كان موجودا وانقضى بسبب من الأسباب . فإذا وجد الالتزام على هذا النحو تعين أن يكون تنفيذه عينا فى حيز الإمكان ذلك أن الغرض من الحكم بالغرامة التهديدية هو الوصول إلى حمل المدين على أن ينفذ التزامه عينا . فإذا أصبح تنفيذه العينى مستحيلا بفعل المدين أو لسبب خارج عن إرادته ، كما لو هلك الشئ المطلوب تسليمه ، لم يجز الحكم بالغرامة التهديدية .

الشرط الثانى :

أن يكون تنفيذ الالتزام عينا غير ممكن أو غير ملائم إلا إذا قام به المدين نفسه .

كالتزام المهندس بتقديم رسم هندسى أو التزام رسام بعمل لوحة أو التزام شخص بتقديم مستندات تحت يده . أو التزام ممثل بعدم التمثيل فى فرقة معينة [1].

---

(١) وفى لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ فسر معالى السنهورى باشا عبارة " غير ملائم " بمثل الممثل الذى التزم بعدم التمثيل على مسرح آخر ثم ذهب ليمثل فعلا على هذا المسرح الآخر . فالتنفيذ هنا ممكن ولكنه غير ملائم " .

(مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٢ ص ٥٣٨) .

أما إذا كان التنفيذ العينى جبرا على المدين ممكنا وبدون تدخله، لم يجز الالتجاء إلى الغرامة التهديدية ، بل وجب الحكم مباشرة بالتنفيذ العينى .

ومن ثم لايجوز الالتجاء إلى الغرامة التهديدية فى الحالات الآتية :

١- إذا كان موضوع الالتزام نقل حق عينى (التزام بإعطاء) لأنه هذا الالتزام قابل للتنفيذ العينى الجبرى دائما مادام أن التنفيذ مازال ممكنا .

٢- إذا كان محل الالتزام مبلغا من النقود ، لأن التنفيذ العينى فى هذه الصورة يتم عن طريق الحجز على أموال المدين دون حاجة إلى تدخله .

٣- إذا كان محل الالتزام عملا يمكن تنفيذه بواسطة الدائن أو بواسطة الغير على نفقة المدين إذ يمكن تنفيذه عينا باستصدار ترخيص من القضاء بذلك ، كما لو كان محل الالتزام تسليم شئ معين بالنوع (مائة قنطار قطن مثلا) [١].

---

(١) مصطفى عدوى ومحمد محى الدين إبراهيم ص ٤٢ ومابعدها – عبد المنعم البدراوى ص ٤١ .

والالتجاء إلى الغرامة التهديدية جائز فى الالتزامات التعاقدية والالتزامات غير التعاقدية على حد سواء ، كلما كان الالتزام غير التعاقدى يتضمن تنفيذا عينيا لأداء بغير النقود . ومثال ذلك إلزام جار يستعمل ماكينة كهربائية تشوش على الأدوات الكهربائية التى يستعملها الجيران بوضع جهاز لمنع التشويش وبغرامة تهديدية عن كل يوم يتأخر فيه عن وضع هذا الجهاز . وهنا مصدر الالتزام هو القانون الذى يحرم على الجار أن يستعمل ملكه استعمالا تنشأ منه مضار تجاوز المضار المألوفة بين الجيران .

الشرط الثالث :

ألا يكون فى الحكم بالغرامة التهديدية مساس بالحق الأدبى للمؤلف :

هذا شرط خاص فى نوع معين من الحقوق الذهنية هو حق المؤلف . فمن المعروف أن المؤلف هو وحده صاحب الحق فى تقرير نشر المصنف بحيث لا يمكن إلزامه بهذا النشر على الرغم منه ، فإذا تعهد مؤلف لناشر بكتابة رواية مثلا ، أو إذا تعهد رسام لعميل برسم لوحة فنية ، أو تعهد فنان بنحت تمثال لعميل معين ، ثم امتنع المؤلف عن إتمام المصنف ، أو امتنع الرسام عن رسم اللوحة أو امتنع الفنان عن نحت التمثال أو رغم إتمامه امتنع عن تسليمه . فإنه لا يجوز فى هذه الأحوال الالتجاء إلى الغرامة التهديدية لحمله على تنفيذ التزامه تنفيذا عينيا ، لأن فى الالتجاء إلى التهديد المالى

فى هذه الأحوال اعتداء على حقه الأدبى فى تقدير ملاءمة نتاجـه الفكرى أو الفنى للنشر أو للتسليم من عدمه . ولا يكون أمام الدائن من سبيل إلا الالتجاء إلى التنفيذ بمقابل .

لكن يجب ألا يكون امتناع المؤلف عـن القيـام بالمصـنف أو تسليمه راجعا إلى إغراء بعرض أكبر من ناشر أو عميل آخر وإلا جاز الالتجاء إلى التهديد المالى لحمله على تنفيذ التزامه [1].

الشرط الرابع :

التجاء الدائن إلى المطالبة بالتهديد المالى :

يذهب رأى إلى أنه يجوز للمحكمة عندما تصدر حكمها بـالإلزام المدين بالتنفيذ العينى ، أن تلزمه من تلقاء نفسـها بـدفع غرامـة تهديدية إن امتنع عن التنفيذ . وليس فى ذلـك أى مسـاس بمبـدأ وجوب اقتصار حكم القاضى على ما يطلبه الخصوم . إذ أن الحكم بالغرامة التهديدية ليس مستقلا عن الحكم بالتنفيذ العينى ، وإنما هو وسيلة يكفل بها القاضى نفاذ هـذا الحكـم الأخيـر . ولا شـك أن للقاضى دون حاجة إلى طلب خاص ، أن يعمل على كفالـة نفـاذ أحكامه متبعا الوسائل التى أجازها القانون ومنها الحكـم بالغرامـة التهديدية [2].

---

(١) نبيل إبراهيم سعد ص ٣٨- عبد المنعم البدراوى ص ٤٢ ومابعدها .

(٢) اسماعيل غانم ص ٢٨- نبيل إبراهيم سـعد ص ٣٨ – محمـد علـى عمران ص ٢٣ .

إلا أن الرأى الراجح أنه يجب أن يطالب الدائن بالتهديد المالى، فلا يجوز أن تقضى المحكمة من تلقاء نفسها بغرامة تهديدية علـى المدين إذا لم يطلب الدائن منها ذلك [١].

وطلب الحكم بالغرامة التهديدية يجوز إبداؤه فى أية حالة كانت عليها الدعوى ، فيجوز طلبه لأول مرة أمام محكمة الاستئناف دون أن يعد طلبا جديدا يمتنع توجيهه أمام هذه المحكمة .

٢١٩ـ سلطة القاضى فى الحكم بالغرامة التهديدية :

إذا توافرت الشروط الموضحة بالبند السابق جاز للمحكمة عنـد إصدارها لحكمها بإلزام المدين بالتنفيذ العينـى ، أن تلزمـه بـدفع غرامة تهديدية إن امتنع عن التنفيذ ، لأن سلطة القاضـى ليسـت قاصرة على أن يقرر حكم القانون فحسب ولكن من سلطته أيضا أن يؤمن لأحكام الفاعلية المطلوبة .

والحكم بالغرامة التهديدية يدخل فى اختصـاص كافـة أنـواع المحاكم من عادية أو استثنائية ، ومن مدنية أو تجارية أو جنائية إذا كانت تقضى فى التزام مدنى . كما أن هـذا الاختصـاص ثابـت لقاضى الأمور المستعجلة دون أن يصـل إلـى تحويـل الغرامـة التهديدية إلى تعويض حيث أن ذلك يخرج عن سلطته :

---

(١) السنهورى ص ٧٦٠ – سليمان مرقس ص ١٠٠ ومابعدها – المستشار أنور طلبه ص ٢٠٦ .

والحكم بالغرامة التهديدية أمر جوازى للمحكمة تقدره بحسب ظروف الدعوى ولا يخضع تقديرها فى هذا الشأن لرقابة محكمة النقض ، أما توافر شروط الحكم بهذه الغرامة التهديدية فمسألة قانونية تدخل فى اختصاص هذه المحكمة (١).

٢٢٠ـ خصائص الحكم بالغرامة التهديدية :

يتميز الحكم بالغرامة التهديدية بالخصائص الآتية :

١- أنه حكم تهديدى أى وسيلة غير مباشرة للحصول على التنفيذ العينى . فالحكم بالغرامة ليس غرضا فى ذاته وإنما هو وسيلة لإكراه المدين على التنفيذ العينى . وهو لذلك يجب أن يتضمن إلزام المدين بالتنفيذ العينى مع تحديد أجل يتم فيه التنفيذ وإلا سرت عليه الغرامة المحكوم بها .

٢- أن الغرامة التى يحكم بها ليست تعويضا عن ضرر وقع ، بل هى وسيلة لتوقى ضرر مستقبل من طريق حمل المدين على تنفيذ التزامه .

ويترتب على ذلك أن تقدير الغرامة لا يراعى فيه أن يكون متناسبا مع الضرر الذى يحتمل وقوعه مستقبلا بسبب عدم التنفيذ ،

---

(١) السنهورى ص ٧٦٠ – نبيل إبراهيم ص ٣٩ – عبد المنعم البدراوى ص ٤٣ .

بل يراعى فيه أن يكون كافيا لحمل المدين على الوفاء . فلا يتقيد القاضى فى ذلك بقواعد تقدير التعويض بل يكون لـه فيـه سـلطة تحكمية وإنما يراعى فيها قدرة المدين المحتملة على المقاومة ، أى على التمادى فى رفض التنفيذ العينى ، فإذا كان المدين شركة قوية مثلا وجب على القاضى أن يقضى بغرامة مرتفعة ، وعلى العكس إذا كان المدين شخصا ضعيفا .

ولأن الغرض من هذه الغرامة منع المدين من الاستمرار فـى عدم الوفاء ، كان من المتعين تقديرها والحكم بها عن كـل فتـرة معينة يستمر فيها تأخر المدين فى الوفاء عن الأجل الذى عين لـه، كأن تكون الغرامة عن كل يوم أو عن كل أسبوع أو عن كل شـهر يمضى على المدين دون تنفيذ التزامه .

ولما كان الحكم بالغرامة التهديدية يختلف عن الحكم بالتعويض ، إذ التعويض لا بد أن يكون على قدر الضرر فإنه يجب دائما تفسير حكم القضاء هل هو حكم بغرامة تهديدية أم حكم بالتعويض حتـى ولو أخطأت المحكمة وأعطت حكمها وصف الغرامـة التهديديـة. ولبيان ذلك نقول إنه يجوز أن تحكم المحكمة بتعويض على المدين المتأخر عن التنفيذ ، تعويضا يحسب على أساس كل يوم يتأخر فيه المدين عن التنفيذ .

وعندئذ تقدر المحكمة التعويض على قدر الضـرر . فمـثلا إذا

التزم شخص بتسليم سيارة لآخر جاز للمحكمة أن تقضى بتعويض يومى عن كل يوم يتأخر فيه المدين عن تسليمها ويحرم فيه بالتالى الدائن من استعمالها والمرجع لمعرفة هل نحن بصدد تعويض أو غرامة تأخيرية يتلخص فى معرفة هل المحكمة قضت بالمبلغ الذى قضت به مراعية الضرر الذى يصيب الدائن من التأخر فى التنفيذ وبقدر هذا الضرر ، إذا كان الأمر كذلك كنا بصدد حكم بالتعويض، وإن كان التعويض محسوبا على أساس كل يوم من أيام التأخير . أما إذا كنا بصدد حكم يبدو فيه ارتفاع المبلغ المحكوم به عن الضرر الذى يصيب الدائن من التأخر فى التنفيذ ، كان الحكم بغرامة تهديدية .

وينبنى على هذا التمييز بين طبيعة الغرامة التهديدية وطبيعة التعويض أن قاضى الأمور المستعجلة يستطيع الحكم بالغرامة التهديدية ولكنه لايستطيع الحكم بالتعويض ذلك أن التعويض يجب أن يترك لقاضى الموضوع [١].

٣- الحكم بالغرامة التهديدية حكم وقتى تهديدى .

ويترتب على أن هذا الحكم وقتى أنه لايحوز حجية الأمر المقضى ولو صار انتهائيا ، فيجوز للمدين أن يطلب إعفاءه من

---

(١) عبد المنعم البدراوى ص ٤٥ .

الغرامة أو خفضها إلى القدر المناسب ، ولا يعترض عليه فى ذلك بأن الحكم صار انتهائيا ولايجوز نظر موضوعه من جديد ، وكذلك يجوز للدائن إذا لم يمتثل المدين فى وقت قريب أن يطلب إلى المحكمة زيادة الغرامة التهديدية بالقدر الذى يكفى للتغلب على عناد المدين ، ولا يعترض عليه فى ذلك بحجية الأمر المقضى .

ويترتب على أن هذا الحكم تهديدى أنه لا يعتبر سندا تنفيذا يخول الدائن أن يباشر التنفيذ على أموال المدين بالمبالغ المحكوم بها على سبيل التهديد ، وإنما يتعين على الدائن أن يلجأ إلى المحكمة مرة أخرى بعد أن يتكشف موقف المدين من التنفيذ الذى أمرت به لكى يحصل منها على حكم جديد بتصفية قيمة الغرامة التهديدية فى ضوء مسلك المدين . ويكون هذا الحكم الجديد هو السند الصالح للتنفيذ [١].

٢٢١ـ أثر الحكم بالغرامة التهديدية ومصيره :

لما كان الغرض من الحكم بالغرامة التهديدية حمل المدين على تنفيذ التزامه عينا والتغلب على عناده ، فإن علة قيام الحكم تنتفى متى اتخذ المدين موقفا نهائيا منه ، إما بوفائه بالالتزام وإما بإصراره على التخلف . فإذا استبان هذا الموقف ، وجب على

---

(١) سليمان مرقس ص ١٠٢ .

القاضى أن يعيد النظر فى حكمه ليفصل فى موضوع الخصـــومة .
أى أن مصير الغرامة التهديدية إلى التصفية فإذا كان المـــدين قـــد رضخ فى النهاية وقام بتنفيذ التزامه ، فإنه سيطلب عن القاضى أن يحط عنه الغرامة ولن يحكم عليه إلا بتعويض عن التـــأخير وهـــو بطبيعة الحال أقل من مقدار الغرامة التهديدية، ولـــو أن القاضـــى يراعى فى تقديره بجانب الضرر الذى أصاب الدائن مـــن جـــراء التأخير، مقدار العنت الذى بدا من المدين . وكـــذلك الحـــال ، إذا أصر المدين على رفض التنفيذ ، فيجب على القاضى أن يعيد النظر فيما حكم به [1]، وذلك على النحو الذى سنراه فـــى شـــرح المـــادة (٢١٤).

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" بيد أن الحكم الصادر بالغرامة التهديدية حكم موقوت ، تنتفـــى علة قيامه متى اتخذ المدين موقفا نهائيا منه ، إما بوفائه بالالتزام ، وإما بإصراره على التخلف ، فإذا استبان هذا الموقف ، وجب على القاضى أن يعيد النظر فى حكمه ليفصل فى موضوع الخصـــومة ، فإن كان المدين قد أوفى بالتزامه حط عنه الغرامة ، إزاء استجابته لما أمر به ، وإلزامه بتعويض عن التأخر ، لا أكثـــر ، وإن أصـــر

---

(١) اسماعيل غانم ص ٢٩ – عبد المنعم البدراوى ص ٤٦ .

المدين على عناده نهائيا ، قدر التعويض الواجب عن الضرر الناشئ عن عدم الوفاء . ولكن ينبغى أن يراعى فى هذا التقدير ما يكون من أمر ممانعة المدين تعنتا باعتبار هذه الممانعة عنصرا أدبيا من عناصر احتساب التعويض . وفى هذا النطاق يتمثل لب نظام الغرامات المالية ومعقل القوة فيه "[١].

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٢ ص ٥٤٠- وحال مناقشة النص بلجنة المراجعة سأل أحد الأعضاء هل الحكم بالغرامة التهديدية يكون قابلا للتنفيذ إذا كان صادرا من محكمة آخر درجة أو كان الحكم الأصلى مشمولا بالنفاذ المعجل؟ وبعد المناقشة استقر رأى اللجنة على أن الحكم بالغرامة التهديدية لا يكون قابلا للتنفيذ إلا بعد أن يحدد القاضى نهائيا قيمة التعويض طبقا للمادة ٢٩٢ وأن فائدة الحكم بالغرامة التهديدية بالنسبة إلى الحكم بالتعويض العادى تنحصر فى أن التحديد النهائى للتعويض فى حالة الغرامة التهديدية يلحظ فيه التعنت الذى يبدو من المدين هذا إلى أنه إذا أصر المدين على رفض التنفيذ ، فيكون هذا كافيا ليحدد القاضى نهائيا مقدار التعويض " .
(مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٢ ص ٥٤٠ ومابعدها) .

مـادة (٢١٤)

إذا تم التنفيذ العينى أو أصر المدين على رفض التنفيذ حدد القاضى مقدار التعويض الذى يلزم به المدين مراعيا فى ذلك الضرر الذى أصاب الدائن ، والعنت الذى بدا من المدين .

الشـرح

٢٢٢ـ التعويض الذى يلزم به المدين :

إذا امتثل المدين إلى التنفيذ العينى بعد الأجل الذى حددته له المحكمة ، أو إذا أصر المدين على رفض التنفيذ العينى ، تعين على القاضى أن يحدد مقدار التعويض الذى يلزم به المدين .

والأصل فى التعويض أن يقدر بقدر الضرر ، إلا أن المادة أوجبت أن يراعى القاضى فى تقدير التعويض العنت الذى بدا من المدين أى أنه أوجب على القاضى أن يدخل فى تقدير التعويض فى هذه الحالة قدرا لا يقصد به جبر ضرر بل يقصد به مجازاة المدين الممتنع على ما أبداه من عنت فى تنفيذ التزامه . وما يترتب عليه من ضرر أدبى . وهذا القدر يعتبر بمثابة عقوبة خاصة ، وهذه العقوبة الخاصة توقيعها إجباريا للقاضى متى طلبها الدائن ، أى أن القاضى يعتبر مخالفا القانون إذا صرح فى حكه بأنه يقتصر على تقدير ما أصاب الدائن من ضرر ولايقدر ما أبداه المدين من عنت.

(الفصل الثانى)
(التنفيذ بطـريق التعـويض)
مــادة (٢١٥)

إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتــزام عينــا حكــم عليــه التعويض لعدم الوفاء بالتزامه ، ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبى لا يد له فيه . ويكون الحكم كذلك إذا تأخر المدين فى تنفيذ التزامه .

الشــرح

التنفيذ بمقابل :

٢٢٣ـ حالات التنفيذ بمقابل :

إن إلزام المدين بالتعويض لا يعنى إنشاء التزام جديد فى ذمته، وإنما هو طريق لتنفيذ الالتزام الثابت فى ذمته من قبل ، ولذلك فإن التأمينات التى كانت قد تقررت ضمانا للالتزام تظل ضامنة لوفــاء المدين بالتعويض عند الإخلال به .

فالتنفيذ بمقابل وسيلة علاجية تعوض الدائن عما لحقه من ضرر نتيجة لعدم قيام المدين بتنفيذ التزامه تنفيذا عينيا أو لتأخره فى هــذا التنفيذ . فهو إذن ليس إلا وسيلة احتياطية لا يتحتم الالتجاء إليها إذا تعذر تنفيذ ذات الالتزام بكافة الشروط التى نشأ بها . **وهذه الحالات تتلخص فيما يلى :**

١- إذا أصبح التنفيذ العينى مستحيلا بخطأ المدين. هذه الاستحالة متصورة بالنسبة للالتزام أيا كان محله عدا الالتزام بدفع مبلغ من النقود حيث أن التنفيذ العينى لهذا الالتزام يعتبر ممكنا دائما.

٢- إذا كان التنفيذ العينى للالتزام غير ممكن أو غير ملائم إلا إذا قام به المدين شخصيا ، ولم تجد الغرامة التهديدية فى التغلب على تعنته وامتناعه .

٣- إذا كان التنفيذ العينى ممكنا ولكن فيه إرهاق للمدين ، وإذا كان ذلك لا يلحق بالدائن ضررا جسيما .

٤- إذا كان التنفيذ العينى ممكنا ، ولكن لم يطلبه الدائن ولم يعرضه المدين ، وبذلك يكون قد اتجهت إرادتهما معا إلى التنفيذ بمقابل ، رغم إمكانية التنفيذ العينى .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" ينصرف حكم هذا النص إلى الالتزام التعاقدى . وقد تقدم أن عبء إثبات قيام هذا الالتزام يقع على الدائن ، فعليه أن يقيم الدليل على وجود العقد المنشئ له ، بوصفه مصدرا مباشرا . فإن أتيح له ذلك ، وجب على المدين أن يثبت أنه أوفى بما التزم به ، وإلا حكم بإلزامه بالوفاء عينا بناء على طلب المدين ، ما بقى الوفاء على هذا

الوجه ممكنا . فإذا أصبح التنفيذ العينى مستحيلا ، نسنب ذلك إلى خطأ يفترض وقوعه من المدين ، وألزم بتعويض الدائن عن عدم الوفاء ، أو عن التأخير فيه ، على حسب الأحوال ، ما لم يسقط قرينة الخطأ عن نفسه ، بإقامة الدليل على أن هذه الاستحالة ترجع إلى سبب أجنبى لا يد له فيه "(١).

٢٢٤ـ اشتراط حصول ضرر :

يشترط للتنفيذ بطريق التعويض أن يكون قد نشأ عن عدم الوفاء ضرر للدائن لأن الغرض من التنفيذ بمقابل هو إعطاء الدائن مقابلا يعوضه عما فاته من ربح وما لحقه من خسارة بسبب عدم تنفيذ الالتزام تنفيذا عينيا .

فإذا كان عدم التنفيذ لم يفوت على الدائن ربحا ولم يلحق به خسارة ، فلا يكون ثمة محل للتعويض .

وعدم ذكر شرط الضرر فى المادة ٢١٥ لا يفيد عدم ضرورة هذا الشرط لأن طبيعة الأشياء تقتضيه إذ أن التعويض لا يكون إلا عن ضرر .

ويستفاد ذلك أولا من نص المادة ٢٢١ التى تقرر أن التعويض يشمل ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب ، وثانيا من

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٢ ص ٥٤٧ .

نص المادة ٢١٦ التى تقرر أنه يجوز للقاضى أن ينقص مقدار التعويض أو ألا يحكم بتعويض ما إذا كان الدائن بخطئه قد اشترك فى إحداث الضرر أو زاد فيه ، فكلتا المادتين المنكورتين افترضتا فى استحقاق التعويض ضرورة حصول ضرر للدائن .

وهناك شرط آخر توجبه المادة ٢٢٨ التى تنص على أن لايستحق التعويض إلا بعد إعذار المدين [١]، وسنعرض له عند شرح هذه المادة .

٢٢٥ـ التعويض عن عدم التنفيذ والتعويض عن التأخير :

التعويض نوعان ، تعويض عن عدم التنفيذ وتعويض عن التأخير، وكلاهما تنفيذ بمقابل . وهذا واضح فى التعويض عن عدم التنفيذ حيث يلزم المدين الذى لم ينفذ التزامه تنفيذا عينيا بتعويض يحل محل ما كان يجب عليه أن يؤديه وكذلك الحال إذا لم ينفذ المدين التزامه سوى تنفيذا جزئيا أو معيبا ، فيلزم بتعويض النقص. وهو صحيح أيضا فيما يتعلق بالتعويض عن التأخير إذ أن التنفيذ لا يكون كاملا إلا إذا قام به المدين فى ذات الظروف التىكان عليه تأديته فيها ، ولذلك يتضمن التأخيرفى التنفيذ إخلالا جزئيا بالالتزام. فإذا كان المدين لم يوف بدينه إلا متأخرا كان التنفيذ العينى غير

---

(١) سليمان مرقس ص ١٠٨ .

كامل ، وألزم بتعويض يحل محل هذا النقص هو التعـــويض عـــن التأخير .

ومن المتصور أن يجتمع نوعا التعويض معا ، وذلك إذا تـــأخر المدين فى تنفيذ التزامه فألزم بتعويض عن التأخير ، ثم أصر على عدم التنفيذ أو أصبح التنفيذ العينى مستحيلا بفعله ، فيلزم بتعـــويض عن عدم التنفيذ . وإذا تم التنفيذ العينى متأخرا كان للدائن أن يجمع بينه وبين التعويض عن التأخير ، وعلى العكس لا يجتمـــع التنفيـــذ العينى والتعويض عن عدم التنفيذ إلا فى الحالات التى يكون التنفيذ العينى فيها ناقصا أو معيبا ، فيكون للدائن تعويضا عن عدم تنفيـــذ جزئى[١].

٢٢٦- إمكانية التنفيذ بمقابل لكل التزام أيا كان مصدره :

كل التزام أيا كان مصدره ، يجوز تنفيذه عن طريق التعـــويض فالالتزام العقدى أيا كان محله ، يكون تنفيذه بطريق التعويض فـــى الحالات التى أوردناها سلفا .

والالتزامات التى لا يكون مصدرها العقد يغلب أن يكون تنفيذها بطريق التعويض. فالعمل غير المشروع مصدر للالتزام بالتعويض، وهذه المسئولية التقصيرية والإثراء بلا ســبب مصـــدر للالتـــزام

---

(١) نبيل إبراهيم سعد ص ٤٣- اسماعيل غانم ص ٨ ومابعدها .

بالتعويض وكثيرا من الالتزامات القانونية الأخرى يكـون تنفيـذها بطرق التعويض ، كالتزام الجار بألا يضر بجاره ضررا فاحشـا ، والالتزام بعدم إفشاء سر المهنة . وهناك من الالتزامات القانونية ما يمكن تنفيذه عينا ، كالالتزام بالنفقة والتزامات الأولياء والأوصياء والقوام ، ومع ذلك يجوز عند الإخلال ببعض هذه الالتزامـات أن يكون التنفيذ بطريق التعويض (١).

٢٢٧ـ إمكان دفع المسئولية الناشئة عن عدم التنفيذ :

تنص المادة على طريقة تدفع بها مسئولية المدين قانونـا عـن عدم تنفيذ التزامه وهى إثبات أن عدم التنفيذ الذى سـبب ضـررا للدائن راجع هو ذاته إلى سبب أجنبى عنه .

وقد سبق أن عرضنا للمقصود بالسبب الأجنبى .

وينبغى التفرقة فى هذا الشأن بين الالتـزام بتحقيـق نتيجـة والالتزام ببذل عناية .

ففى الالتزام بتحقيق نتيجة يستطيع المدين أن يدفع عـن نفسـه المسئولية إن أثبت السبب الأجنبى الذى أدى إلى حدوث الضرر .

وقد يكون السبب الأجنبى قوة قاهرة أو حادث مفاجئ، أو خطأ المضرور نفسه أو خطأ الغير .

---

(١) السنهورى ص ٧٧٠ ومابعدها – نبيل إبراهيم سعد ص ٤٣ ومابعدها .

أما إذا كان التزام المدين ببذل عناية فقط ، فإنه يستطيع التخلص من المسئولية إذا أثبت أنه قد بذل العناية الواجبة والمتطلبة ممن يوجدون فى نفس ظروفه الخارجية . فإذا ادعى المريض أن الطبيب قد أخطأ فى علاجه مما نجم عنه إصابته بالضرر ، فإن الطبيب – وهو المدين- يستطيع التخلص من المسئولية إن هو أثبت أنه قد بذل العناية الواجبة ، وأنه قد اتبع فى علاجه لهذا المريض كافة الأصول العلمية الثابتة والمستقرة فى علم الطب [١].

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" ويراعى أن المدين لا يطالب بإثبات السبب الأجنبى ، فى الالتزام بالمحافظة أو بالإدارة أو بتوخى الحيطة فى تنفيذ ما التزم به ، بل يكفى أن يقيم الدليل على أنه بذل عناية الشخص المعتاد ، ولو لم يتحقق الغرض المقصود (المادة ٢٨٨ من المشروع) بيد أن المدين فى هذه الحالة لايقال عن مسئوليته عن التزام تخلف عن تنفيذه ، دون أن يكلف بإقامة الدليل على وجود السبب الأجنبى . وإنما هو أوفى على نقيض ذلك بما التزم به ، وأثبت هذا الوفاء بإقامة الدليل على أنه بذل كل العناية اللازمة . إن لم يكن قد بذل هذه العناية ، عد متخلفا عن الوفاء بما التزم به ، ولا ترتفع عنه المسئولية إلا بإثبات السبب الأجنبى " [٢].

---

(١) محمد على عمران ص ٤٢ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٢ ص ٥٤٧ .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" مسئولية الطبيب الذى اختاره المريض أو نائبه لعلاجه هى مسئولية عقدية . والطبيب وإن كان لا يلتزم بمقتضى العقد الذى ينعقد بينه وبين مريضه بشفائه أو بنجاح العملية التى يجريها له ، لأن التزام الطبيب ليس التزاما بتحقيق نتيجة وإنما هو التزام ببذل عناية ، إلا أن العناية المطلوبة منه تقضى أن يبذل لمريضه جهودا صادقة يقظة تتفق فى غير الظروف الاستثنائية - مع الأصول المستقرة فى علم الطب ، فيسأل الطبيب عن كل تقصير فى مسلكه الطبى لايقع من طبيب يقظ فى مستواه المهنى وجد فى نفس الظروف الخارجية التى أحاطت بالطبيب المسئول . وجراح التجميل وإن كان كغيره من الأطباء لا يضمن نجاح العملية التى يجريها إلا أن العناية المطلوبة منه أكثر منها فى أحوال الجراحة الأخرى اعتبارا بأن جراحة التجميل لايقصد منها شفاء المريض من علة فى جسمه وإنما إصلاح تشويه لا يعرض حياته لأى خطر " .

(طعن رقم ١١١ لسنة ٣٥ ق جلسة ١٩٦٩/٦/٢٦)

٢٢٨- تقدير التعويض :

الأصل أن القاضى هو الذى يقدر التعويض . وهو ما يطلق عليه التعويض القضائى. وقد يقدره الطرفان مقدما فى الاتفاق وهو ما اصطلح على تسميته حينئذ بالشرط الجزائى . ويتكفل القانون بتحديده فى حالة التأخير فى تنفيذ الالتزام بدفع مبلغ من النقود ، فيكون حينئذ فى صورة فوائد .

مـــادة (٢١٦)

يجوز للقاضى أن ينقص مقدار التعويض أو ألا يحكم بتعويض ما ، إذا كـــان الدائن بخطئه قد اشترك فى إحـــداث الضـــرر ، أو زاد فيه .

الشـــرح

٢٢٩ـ عدم القضاء بالتعويض إذا كانـت استحالة التنفيـذ راجعـة إلى خطـأ الدائن :

يجوز للقاضى ألا يحكم بتعويض ما إذا كانت اســتحالة التنفيــذ راجعة إلى خطأ الدائن ، إذ أن ذلك يفيد أن خطأ الدائن فـــى ذاتـــه سبب أجنبى عن المدين تدفع مسئوليته دون حاجة إلى أن يتوافر فيه أى شرط آخر غير تسببه فى استحالة التنفيذ .

٢٣٠ـ الخطـأ المشــترك :

إذا اشترك كل من المدين والدائن فى إحداث الضـــرر ، أو زاد الدائن فى الضرر ، فإن الضرر يكون قد وقع نتيجة خطأ مشـــترك بين المدين والدائن ، لأن مقتضى الاشتراك أن يكون قد وقع مـــن كل من الجانبين خطأ أسهم فى حدوث الضرر ، وكما يكون اشتراك المدين بخطأ مستقل من جانبه يكون أيضا بعدم تلافيه خطأ الـــدائن متى كان ذلك فى وسعه ويترتب على ذلك ألا يلتزم المـــدين بكـــل التعويض ، وإنما بتعويض يقدر على قدر جســـامة الخطـــأ الـــذى ارتكبه منسوبا إلى جسامة خطأ الدائن .

فإذا كانت جسامة كل من خطأ الدائن والمدين متساوية فإن المدين لا يلزم إلا بنصف التعويض .

وإذا لم تكن جسامة الخطأ متساوية ، فإن التعويض الذى يلزم به المدين يكون بقدر جسامة الخطأ الذى ارتكبه منسوبا إلى جسامة خطأ الدائن .

وهذا الحكم يسرى على المسئولية التعاقدية والمسئولية التقصيرية على حد سواء .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"١- تعرض هذه المادة لحكم الخطأ المشترك ، وهو يسرى على المسئولية التعاقدية والمسئولية التقصيرية على حد سواء .

وقد تقدمت الإشارة إلى أن القاضى لا يحكم بالتعويض ، متى أقام المدين الدليل على أن الضرر نشأ عن خطأ الدائن وحده ، وأثبت بذلك وجود السبب الأجنبى . وكما أن حق الدائن فى التعويض يسقط عند انفراده بإحداث الضرر بخطئه ، كذلك لا يكون من حقه أن يقتضى تعويضا كاملا ، إذا اشترك بخطئه فى إحداث هذا الضرر أو زاد فيه أو سوأ مركز المدين . ويتوقف مقدار ما ينقص من التعويض ، بوجه خاص ، على مبلغ رجحان نصيب الدائن أو المدين فى إحداث الضرر . وقد جعلت المادة ٣٥٤ من التقنين الألمانى من هذا الترجيح عنصرا من عناصر التوجيه ،

فنصت على أنه " إذا كان لخطأ المضرور نصيب فى إحداث الضرر، عند وقوعه ، توقف قيام الالتزام بالتعويض ، ومدى التعويض الواجب أداؤه على الظروف ، وبوجه خاص ، على مبلغ رجحان نصيب أى من الطرفين فى إحداث الضرر " . وليس بممتنع ، إزاء ذلك ، أن يرجح نصيب الدائن فى إحداث الضرر رجحانا يثير أمر البحث فى قيام الالتزام بالتعويض بأسره . وهذا هو المعنى الذى قصدت المادة ٢٩٤ إلى استظهاره بنصها على أن للقاضى " ألا يحكم بتعويض ما " [١].

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- " إنه وإن كان ما يراه قاضى الموضوع فى إثبات مساهمة المضرور فى الفعل الضار لتوزيع المسئولية بينه هو ومن اشترك معه فى إحداث الضرر متعلقا بفهم الواقع فى الدعوى ولا رقابة عليه لمحكمة النقض ، فإن وصف الأفعال التى وقعت من المضرور فى الحادث الضار وأسس عليها اشتراكه فيه هو من التكييف الذى تراقبه هذه المحكمة ".

(ب)- " إنه إذا كان مجرد ركوب شخص مع صديق له فى سيارة يقودها هذا الصديق مسرعا فى سيره بها هو مما لا يعتبر فى

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٢ ص ٥٤٩ .

بعض الصور اشتراكا فى الخطأ الذى وقع فيه قائد السيارة ، وإذا كان مجرد قيام هذا الراكب ، تحت تأثير الفزع ، بحركة ما التماسا للنجاة فأضر بنفسه لا يعتبر كذلك اشتراكا فى خطأ القائد ، فإنه لا شك فى أن مساهمة هذا الراكب فى الاتفاق مع قائد السيارة على إجراء مسابقة بها هى مما يجعله مخطئا كالمتسابقين ومشتركا معهم فى خطئهم ومسئولا عما يحدث من جراء ذلك " .

(ج)- " الأصل أن الضرر المترتب على فعل مضمون ومهدر يسقط فيه ما يقابل المهدر ويعتبر ما يقابل المضمون ، فينبغى إذن أن يستنزل من التعويض ما يقابل الفعل الذى ساهم به المضرور فى الضرر ويعتبر الفعل الذى وقع مَن الغير " .

(طعن رقم ٨٠ لسنة ٨ ق جلسة ١٩٣٩/١/٢٦)

٢- " إذا كان الثابت من وقائع النزاع أن المدين (البائع) قد نفذ بعض الأعمال التى التزم بها وتخلف عن توريد باقى الأطيان المتفق عليها للمشترى فإن تقصيره فى هذا الشأن يكون تقصيرا جزئيا يبيح للقاضى – على ما جرى به قضاء محكمة النقض- أن يخفض التعويض المتفق عليه إلى الحد الذى يتناسب مع مقدار الضرر الحقيقى الذى لحق الدائن مما يدخل تقديره فى سلطان محكمة الموضوع " .

(طعن رقم ٣٣٩ لسنة ٢٧ ق جلسة ١٩٦٢/١٢/٢٧)

٣- " مفاد نص المادة ٤٥٦ من قانون الإجراءات الجنائية والمادة ١٠٢ من قانون الإثبات المقابلة للمادة ٤٠٦ من القانون المدنى الملغاة ، أن الحكم الصادر فى المواد الجنائية تكون له حجية فى الدعوى المدنية أمام المحكمة المدنية كلما كان قد فصل فصلا لازما فى وقوع الفعل المكون للأساس المشترك بين الدعويين الجنائية والمدنية وفى الوصف القانونى لهذا الفعل ونسبته إلى فاعله فإذا فصلت المحكمة الجنائية فى هذه الأمور فإنه يمتنع على المحاكم المدنية أن تعيد بحثها ويتعين عليها أن تعتبرها وتلتزمها فى بحث الحقوق المدنية المتصلة بها لكى لا يكون حكمها مخالفا للحكم الجنائى السابق له ، وإذ كان الثابت من الحكم الجنائى - الصادر فى جنحة عسكرية بإدانة المتهم لارتكابه جريمة إصابة خطأ وقيادة سيارة بحالة ينجم عنها الخطر- أنه قطع فى أن الحادث وقع نتيجة خطأ المطعون عليه الثانى - المتهم- فإنه يكون قد فصل فصلا لازما فى الأساس المشترك بين الدعويين الجنائية والمدنية، ويحوز قوة الشئ المحكوم فيه أمام المحاكم المدنية ، ولا يجوز للطاعن - المتبوع- بالتالى أن يتمسك بأن الحادث وقع نتيجة خطأ المضرور وأن هذا يدرأ المسئولية عن المطعون عليه الثانى . ولما كان يبين من الحكم المطعون فيه أنه أثبت فى مدوناته دفاع الطاعن من أن المجنى عليه ووالده قد شاركا بخطئهما فى وقوع الحادث ، فإن

قضاء المحكمة بتعويض قدره ٥٠٠ جنيه بينما طالب المضرور بتعويض قدره ١٠٠٠ جنيه مفاده أنها رأت من جانبها أن المبلغ الذى قدرته هو الذى يناسب الضرر الذى وقع نتيجة خطأ المطعون عليه الثانى وأنها أنقصت من مبلغ التعويض المستحق للمضرور ما تحمله بسبب الخطأ الذى وقع منه ومن والده . لما كان ذلك فإن النعى على الحكم بالخطأ فى تطبيق القانون والقصور فى التسبيب يكون فى غير محله " .

(طعن رقم ٢٣٩ لسنة ٤٣ ق جلسة ١٩٧٦/١٢/٧)

٤- " مفاد نص المادة ٤٥٦ من قانون الإجراءات الجنائية، والمادة ١٠٢ من قانون الإثبات أن الحكم الجنائى تقتصر حجيته أمام المحاكم المدنية على المسائل التى كان الفصل فيها ضروريا لقيامه وهى خطأ المتهم ورابطة السببية بين الخطأ والضرر، ومن ثم فإن استبعاد الحكم الجنائى مساهمة المجنى عليه فى الخطأ أو تقريره مساهمته فيه يعتبر من الأمور الثانوية بالنسبة للحكم بالإدانة ذلك أن تقرير الحكم قيام هذه المساهمة من المجنى عليه ونفيها لايؤثر إلا فى تحديد العقوبة بين حديها الأدنى والأقصى والقاضى غير ملزم ببيان الأسباب التى من أجلها قدر عقوبة معينة طالما أن هذه العقوبة بين الحدين المنصوص عليهما فى القانون. إذ كان ذلك فإن القاضى المدنى يستطيع أن يؤكد دائما أن الضرر نشأ

عن فعل المتهم وحده دون غيره وأن يلزمه بدفع كل التعويض المستحق للمجنى عليه حتى ولو كان الحكم الجنائى قد قرر أن المجنى عليه أو الغير قد ساهما فى إحداث الضرر كما أن له أن يقرر أن المجنى عليه أو الغير قد أسهم فى إحداث الضرر رغم نفى الحكم الجنائى ثمة خطأ فى جانبه يراعى ذلك فى تقدير التعويض إعمالا للمادة ٢١٦ من القانون المدنى التى تنص على أنه " يجوز للقاضى أن ينقص مقدار التعويض أو ألا يحكم بتعويض ما إذا كان الدائن بخطئه قد اشترك فى إحداث الضرر أو زاد فيه " .

(طعن رقم ٤٩٩ لسنة ٤٤ ق جلسة ١٩٧٧/١٢/١)

وقضت محكمة النقض – الدائرة الجنائية – بأن :

١- " إن اشتراك المجنى عليه فى الخطأ المسبب للحادث مما يوجب توزيع المسئولية المدنية على قدر الخطأ " .

(طعن رقم ٢٧ لسنة ٢٥ ق جلسة ١٩٥٥/٤/٩)

٢- " لما كان العمل الضار يستوجب الحكم على فاعله بالتعويض طبقا لأحكام القانون ، فلا محل لما يثيره الطاعن من تكافؤ السيئات لتعلقه بموضوع الدعوى وتقدير الأدلة فيها مما يخضع لتقدير قاضى الدعوى من غير معقب " .

(طعن رقم ١٠٨٠ لسنة ٢٢ ق جلسة ١٩٥٢/١٢/٢٢)

٣- " إن الغرامة التهديدية كما يـدل عليـه اسـمها وتقتضـيه طبيعتها هي - كالإكراه البدني- ليس فيها أى معنى مـن المعـانى الملحوظة فى العقوبة . كما أنه ليس فيها معنـى التعـويض عـن الضرر وإنما الغرض منها هو إجبار المدين على تنفيذ التزامه على الوجه الأكمل ، وهى لا تدور مع الضرر وجودا وعدما ولا يعتبـر التجاوز عنها فى ذاته تجاوزا بالضرورة عن ضـرر حاصـل أو تنازلا عن تعويض الضرر بعد استحقاقه خصوصا إذا اقتضى عدم التمسك بها دواعى العدالة أو دوافع المصلحة أن ورودها فى القيود الدفترية الحسابية للمنشأة لا يغيرمن طبيعتها التهديدية لا التعويضية هذه ، وذلك للعلة المتقدمة ، ولأن من القيـود الدفتريـة مـا هـو حسابات نظامية بحت لا تمثل ديونا حقيقية ، ومنها ما هو عن ديون ما هو حسابات نظامية بحت لاتمثل ديونا حقيقة ، ومنها ما هو عن ديون تحت التسوية والمراجعة . وإذ كان ذلك ، وكانـت الجريمـة المسندة إلى المتهم هى الإضرار بمصالح الجهة صاحبة الحق فـى التمسك بالغرامة التهديدية ، تعين ابتداء أن يثبـت الحكـم وقـوع الضرر بما ينحسم به أمره ، لأنه لا يستفاد بقوة الأشياء من مجـرد عدم التمسك بإيقاع تلك الغرامة ، ولا يستفاد كذلك بإدراج مبلغا فى دفاتر المنشأة ، وذلك كله بفرض أن المتهم صـاحب الشـأن فـى إيقاعها أو التنازل عن التمسك بها ".

(طعن رقم ١٢٧٥ لسنة ٣٩ ق جلسة ١٩٦٩/١٠/١٣)

٢٣١ـ مسئولية البنك عن صرف شيك مزور خطأ مشترك : وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- " متى كان الأصل أن ذمة البنك- المسحوب عليه - لا تبرأ قبل عميله إذا أوفى بقيمة الشيك مذيل بتوقيع مزور على الساحب باعتبار أن هذه الورقة تفقد صفة الشيك بفقدها شرطا جوهريا لوجودها وهو التوقيع الصحيح للساحب . فلا تعدم آنئذ القرينة المقررة فى المادة ١٤٤ من قانون التجارة ، ويعتبر وفاء البنك بقيمة الشيك وفاء غير صحيح حتى ولو تم الوفاء بغير خطأ منه إلا أن ذلك مشروط بألا يقع خطأ من جانب العميل الثابت اسمه بالشيك وإلا تحمل الأخير تبعة خطئه . لما كان ذلك ، وكان الحكم المطعون فيه قد انتهى إلى ثبوت خطأ الطاعن متمثلا فى إخلاله بواجب المحافظة على مجموعة الشيكات المسلمة له من البنك فتمكن مجهول من الحصول على واحد منها وتزويره وصرف قيمته فإنه يكون قد أثبت الخطأ فى جانب الطاعن وبين علاقة السببية بينه وبين الضرر الذى وقع وخلص من ذلك إلى إلزام كل من الطاعنة والمطعون ضده بنصف قيمة الشيك موضوع النزاع فى حدود ما حصله من وجود خطأ مشترك بين الطاعن والمطعون ضده فإن النعى عليه بالخطأ فى تطبيق القانون بمقولة انعدام رابطة السببية بين ما ارتكبه الطاعن من خطأ وبين الضرر الواقع فعلا

متمثلا فى صرف قيمة الشيك لمن زور إمضاء الطاعن عليه يكون نعيا غير سديد ".

(طعنان رقما ٣٩٣ ، ٤١٣ لسنة ٤٣ ق جلسة ١٩٧٧/٣/٧)

٢- " لا تبرأ ذمة البنك المسحوب عليه قبل عميله الذى عهد إليه بأمواله إذا وفى البنك بقيمة شيك مذيل من الأصل بتوقيع مزور عليه لأن هذه الورقة لم يكن لها فى أى وقت صفة الشيك أو الكمبيالة لفقدها شرطا جوهريا لوجودها هو التوقيع الصحيح للساحب ومن ثم فلا تقوم القرينة المقررة فى المادة ١٤٤ من القانون التجارى التى تفترض صحة الوفاء الحاصل من المسحوب عليه ويعتبر وفاء البنك بقيمتها وفاء غير صحيح لحصوله لمن لا صفة له فى تلقيه وبالتالى فإن هذا الوفاء - ولو تم بغير خطأ- من البنك لا يبرئ ذمته قبل العميل ولا يجوز قانونا أن يلتزم هذا العميل بمقتضى توقيع مزور عليه لأن الورقة المزورة لا حجية لها على من نسبت إليه ولهذا فإن تبعة الوفاء تقع على عاتق البنك أيا كانت درجة إتقان التزوير وذلك كله بشرط عدم وقوع خطأ من جانب العميل الوارد اسمه فى الصك وإلا تحمل هو تبعة خطئه ".

(طعن رقم ٢٢٤ لسنة ٣٣ ق جلسة ١٩٦٧/١/١٩)

٢٣٢- الخطأ المستغرق :

راجع (المجلد الثالث) .

مــادة (٢١٧)

١- يجوز الاتفاق على أن يتحمل المدين تبعة الحادث المفاجئ والقوة القاهرة .

٢- وكذلك يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من أية مسئولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدى إلا ما ينشأ عن غشه أو عن خطئه الجسيم ، ومع ذلك يجوز للمدين أن يشترط عدم مسئوليته عن الغش أو الخطأ الجسيم الذى يقع من أشخاص يستخدمهم فى تنفيذ التزامه .

٣- ويقع باطلا كل شرط يقضى بالإعفاء من المسئولية المترتبة على العمل غير المشروع .

الشــرح

٢٣٣- التمييز بين الاتفاق على الإعفاء من المسئولية والتأمين من المسئولية :

يجب التمييز بين الاتفاق على الإعفاء من المسئولية وبين التأمين من المسئولية .

فالتأمين من المسئولية اتفاق يعقده شخص مع إحدى شركات التأمين لتغطية مسئوليته عما يحدث بالغير من أضرار ، وبمقتضاه يلتزم هو بدفع أقساط التأمين للشركة فى مقابل التزامها هى بأن تدفع له قيمة التعويض الذى ينشأ فى ذمته لمصلحة المضرور .

وهذا النوع من الاتفاق صحيح، ولاشئ فيه يخالف النظام العام ، لأن التزام الشركة بدفع التعويض يقابله التزام المؤمن لـــه بأقســـاط التأمين ، ولأنه إذا كان المؤمن له يصبح بهذا العقد الاحتمالى فـــى مأمن من الخسارة التى كان يجـــب أن يتحملهـــا وفـــاء لالتزامـــه بالتعويض ، فإنه إنما يصل إلى هذا المركز الممتاز نتيجة تبصـــره وتدبره عواقب الأمور والتزامه بأقساط التأمين ، ولاشـــك فـــى أن اتفاقا يشجع الناس على التبصر والاحتياط للمستقبل يستحق التأييـــد والتشجيع ، ولاسيما أنه يزيد فى يسار المسئول ، فيزيـــد بالتـــالى احتمال حصول المصاب على التعويض المستحق له ، وبخاصة إذا خول الأخير حق الدعوى المباشرة لمطالبة المؤمن بمبلغ التعويض.

عى أنه من المسلم أن عقد التأمين لا يشمل مسئولية المؤمن له عن خطئه العمد ، بل يقتصر على الخطأ غير العمد ، سواء كـــان يسيرا أم جسيما .

أما الاتفاق بين الدائن والمدين على إعفاء الأخير من المسئولية، فيقصد به إعفاء المدين من التزامه بالتعويض وسلب المضرور حقه المقابل لذلك .

وهو يشبه التأمين من المسئولية من حيث أن كلا منها يرمى فى النهاية إلى رفع عبء التعويض عن المسئول ولكنهما يختلفان اختلافا جوهريا من حيث ثبوت حق المضـــرور فـــى التعـــويض ، إذ أن

التأمين من المسئولية لا يمس بحق المضرور بل يزيد في ضمان حصوله عليه بما ينشئه في ذمة المؤمن من التزام بقيمة التعويض وبما قد يتيحه للمضرور من دعوى مباشرة قبل المؤمن ، في حين أن الاتفاق على الإعفاء من المسئولية يسلب المضرور حقه في التعويض ، ولذا كانت صحته محل خلاف[١] .

٢٣٤ـ الاتفاق على تخفيف أو تشديد المسئولية :

المسئولية العقدية تنشأ عن العقد ، والعقد وليد إرادة الطرفين ، فالإرادة حرة إذن في تعديل أحكام هذه المسئولية بالتشديد أو التخفيف ، وذلك في حدود القانون والنظام العام والآداب .

ولذلك أجازت الفقرة الأولى من المادة أن يتحمل المدين تبعة الحادث المفاجئ والقوة القاهرة ، أي أنها تجيز تشديد مسئولية المدين.

كما أجازت الاتفاق على تخفيف المسئولية بألا يكون المدين مسئولا حتى عن تقصيره ، إلا ما ينشأ عن الفعل العمد ، أو ما يلحق بالفعل العمد وهو الخطأ الجسيم ، وكذلك الغش [٢].

غير أنه يشترط في ذلك أن تكون نية الطرفين واضحة بما

---

(١) سليمان مرقس ص ١٢٠ .

(٢) السنهوري جـ١ ص ٥٥١ .

لايحتمل لبسا أو غموضا ، وإلا فإن الشك يفسر لمصلحة من يضار بالاتفاق (م١٥١) ، أى فى مصلحة الدائن الذى يمس هذا الاتفاق بحقه فى التعويض ، فيحمل الاتفاق على أنه لم يقصد به سوى قلب عبء الإثبات [١].

فإذا كان الالتزام بتحقيق غاية ، فقد يتضمن العقد شرطا بإعفاء المدين من المسئولية إذا رجع سبب عدم تنفيذ الالتزام لخطأ عادى وقع منه أو لخطأ يسير أو حتى عن الفعل الذى لم يتضمن خطأ إطلاقا ، وبذلك يتحول الالتزام ، بسبب شرط الإعفاء إلى التزام ببذل عناية بعد أن كان التزاما بتحقيق غاية .

وإذا كان الالتزام ببذل عناية ، يتطلب لتنفيذه أن يبذل المدين عناية الشخص العادى ، فيشترط عليه الدائن بذل عناية الشخص الحريص ، وقد لا يكتفى الدائن بذلك، بل يشترط تحقق مسئولية المدين حتى لو رجع عدم تنفيذ الالتزام للسبب الأجنبى ، فيكون المدين فى هذه الحالة الأخيرة بمثابة المؤمن ، ويكون الشرط فى جميع الحالات السابقة صحيحا ، ويتحول به الالتزام إلى التزام بتحقيق غاية بعد أن كان التزاما ببذل عناية [٢].

---

(١) سليمان مرقس ص ١٢٥ .

(٢) السنهورى جـ١ ص ٥٥٢ ومابعدها – المستشار أنور طلبه ص ٢٣٥ ومابعدها .

ويراعى ما تنص عليه المادة (٢٦٧) من قانون التجارة الجديد الواردة فى " نقل الأشخاص" من أنه :

"١- يقع باطلا كل شرط يقضى بإعفاء الناقل كليا أو جزئيا من المسئولية عما يلحق الراكب من أضرار بدنية .

٢- ويعتبر فى حكم الإعفاء من المسئولية كل شرط يكون من شأنه إلزام الراكب بدفع كل أو بعض نفقات التأمين ضد مسئولية الناقل وكل شرط ينزل بموجبه الراكب للناقل عن حقوقه فى التأمين ضد أخطاء الناقل " .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

١- " ليست أحكام المادة ٢٩٥ (المقابلة للمادة ٢١٧) إلا تقنينا للقواعد التى جرى القضاء المصرى على اتباعها فى هذا الشأن ، فقديجعل عبء المسئولية أشد وقرا بالاتفاق على تحمل تبعة الحادث الفجائى ، وبهذا يكون المدين مؤمنا للدائن من وجه ، وقد تخفف المسئولية على نقيض ذلك ، باشتراط الإعفاء من تبعة الخطأ التعاقدى ، إلا أن تكون قائمة على غش أو خطأ جسيم[1] " .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٢ ص ٥٥٣ .

وقد قضت محكمة النقض بـأن :

١- " الاتفاق على عدم مسئولية المؤجر عما يصيب المحصول من هلاك بسبب القوة القاهرة اتفاق جائز قانونا ولا مخالفة فيه للنظام العام كما أن عقد الإيجار الذى يتضمن هذا الاتفاق لايعتبر من عقود الإذعان " .

(طعن رقم ٢٣٠ لسنة ٢٤ ق جلسة ١٩٥٨/١١/١٣)

٢- " المسئولية العقدية عن تعويض الضرر الذى تسبب عن خطأ المدين متى تحققت لا ترتفع عن هذا المدين بإقرار الغير بتحمل هذه المسئولية عنه مادام الدائن المضرور لم يقبل ذلك ولم يكن طرفا فى الورقة التى أقر فيها الغير بتحمل تلك المسئولية . ولايعتبر هذا الإقرار من الغير اتفاقا على الإعفاء من المسئولية مما تجيزه المادة ٢١٧ من القانون المدنى لأن الاتفاق الذى تعنيه هذه المادة هو الاتفاق الذى يحصل بين الدائن المضرور وبين المدين المسئول بشأن تعديل أحكام المسئولية الواردة فى القانون إعفاءا أو تخفيفا أو تشديدا . أما حيث يتفق المسئول مع الغير ليتحمل عنه المسئولية دون دخل للمضرور فى هذا الاتفاق فإن هذا يكون اتفاقا على ضمان المسئولية لا يؤثر على حق المضرور فى الرجوع على المسئول الأصلى ولا ينتقص من هذا الحق ".

(طعن رقم ١٦١ لسنة ٣٤ ق جلسة ١٩٦٨/٤/٤)

٣- " متى كانت الطاعنة (شركة التأمين) قد أسست دعواها قبل الناقل بطلب قيمة التعويض عن الضرر الذى لحق بها بسبب تلف البضاعة أثناء النقل ، على العقد الذى تم بموجبه نقل هذه البضاعة فإنه لا محل لما تثيره الطاعنة من أن ما تضمنه ذلك العقد من الاتفاق على الإعفاء من المسئولية هو شرط باطل فى نطاق المسئولية التقصيرية ، ولا على الحكم المطعون فيه وقد تبين أن المسئولية أساسها العقد ، إن هو لم يعرض لما تدعيه الطاعنة من أن لها حقا فى الاختيار بين المسئوليتين ولم يجر تطبيق أحكام المسئولية التقصيرية بصدد هذا الشرط " .

(طعن رقم ٢٤٨ لسنة ٣٥ ق جلسة ١٩٦٩/٦/٣)

٤- " من المقرر أن البنك الذى يعهد إليه العميل الذى يتعامل معه بتحصيل حقوقه لدى الغير والثابتة فى مستندات أو أوراق فإن عليه أن يبذل فى ذلك عناية الرجل المعتاد حسبما تنص عليه المادة ٢/٧٠٤ من القانون المدنى . إلا أن القانون لا يمنع من الاتفاق على إعفائه من المسئولية لأن الإعفاء من المسئولية عن الخطأ العقدى جائز ويجب فى هذه الحالة احترام شروط الإعفاء التى يدرجها الطرفان فى الاتفاق " .

(طعن رقم ٥٧٠ لسنة ٦٣ ق جلسة ١٩٩٤/١٠/٢٠)

٢٣٥- عدم جواز الاتفاق على الإعفاء من المسئولية التعاقدية فى حالة الغش أو الخطأ الجسيم :

لايجوز الاتفاق على إعفاء المدين من أية مسئولية تترتب على عدم تنفيذ المدين التزامه التعاقدى الناشئ عن فعله العمدى . لأنه إذا أجيز الاتفاق على الإعفاء من المسئولية العقدية إلى حد الإعفاء من الفعل العمد ، يجعل التزام المدين معلقا على شرط إرادى محض ، وهذا لا يجوز. ولأن الخطأ الجسيم يقترب من الخطأ العمد فهو يلحق به فى الحكم [(١)].

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " تنص المادة ٩٧ من قانون التجارة على أن " أمين النقل ضامن للأشياء المراد نقلها إذا تلفت أو عدمت ما لم يكن ذلك راجعا إلى عيب ناشئ عن نفس الأشياء المذكورة أو إلى قوة قاهرة أو خطأ أو إهمال من مرسلها " . ولما كان هذا النص غير متعلق بالنظام العام فإنه يصح الاتفاق على عكسه ، ولذلك أجازت الفقرة الثانية من المادة ٢١٧ من القانون المدنى ، الاتفاق على إعفاء المدين من أية مسئولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدى إلا

---

(١) السنهورى جـ١ ص ٥٥١ - عبد المنعم الصده مصادر الالتزام ١٩٨٦ ص ٣٥٤ ومابعدها .

ما ينشأ عن غشه أو عن خطئه الجسيم ، ومن ثم فيكون الاتفاق فى سند الشحن على إعفاء مصلحة السكة الحديد من المسئولية عن الأضرار التى تلحق بالبضائع صحيحا طالما أن تلك الأضرار لم تنشأ عن غش أو خطأ جسيم من جانبها ، وإذن فإذا كان سند الشحن قد تضمن شرطا بإعفاء الطاعنة (مصلحة السكة الحديد) من المسئولية الناشئة عن فقد البضائع أو تلفها بعد فوات موعد استحقاق رسوم الأرضية وكان الثابت من تقريرات الحكم المطعون فيه أن المطعون عليها الأولى (المرسل إليها) قد تراخت فى استلام البضاعة من محطة الوصول إلى ما بعد استحقاق رسوم الأرضية واكتشفت العجز فى البضاعة عند ذلك فإن الحكم المطعون فيه إذ أهدر شرط الإعفاء من المسئولية فى هذه الصورة يكون قد خالف القانون بما يستوجب نقضه " .

(طعن رقم ٥٠١ لسنة ٢٦ ق جلسة ١٩٦٢/٣/٢٩)

٢- " مفاد نص المادة ٥٦٧ من القانون المدنى أن التزام المؤجر- طبقا لأحكام الإيجار فى القانون المدنى – بصيانة العين المؤجرة وحفظها إنما هو تقرير للنية المحتملة للمتعاقدين وأنه إذا اتفق الطرفان على ما يخالفها تعين إعمال اتفاقهما ، وإذ أورد المشرع هذه المادة والمادة ٥٧٧ التى تقضى بالتزام المؤجر بضمان العيوب الخفية بالعين المؤجرة وغيرها من النصوص التى تنظم

أحكام عقد الإيجار وتبين آثاره وتحدد المسئولية عن الإخلال بتنفيذه بالفصل الأول من الباب الثانى من الكتاب الثانى من القانون المدنى، كما أورد فى شأن العقود الأخرى المنصوص عليها بذات الكتاب الأحكام التى تناسبها فى هذا الخصوص ، وكانت المادة ١/١٧٧ من القانون المدنى الخاصة بمسئولية حارس البناء قد وردت بالفصل الثالث من الباب الأول من الكتاب الأول ضمن النصوص المتعلقة بالمسئولية عن العمل غير المشروع ، وإذ خص المشرع على هذا النحو المسئولية العقدية والمسئولية التقصيرية كلا منهما بأحكام تستقل بها عن الأخرى وجعل لكل من المسئوليتين فى تقنينه موضعاً منفصلاً عن المسئولية الأخرى ، فقد أفصح بذلك عن رغبته فى إقامة نطاق محدد لأحكام كل من المسئوليتين . فإذا قامت علاقة تعاقدية محددة بأطرافها ونطاقها وكان الضرر الذى أصاب أحد المتعاقدين قد وقع بسبب إخلال الطرف الآخر بتنفيذ العقد فإنه يتعين الأخذ بأحكام العقد وبما هو مقرر فى القانون بشأنه باعتبار أن هذه الأحكام وحدها هى التى تضبط كل علاقة بين الطرفين بسبب العقد سواء عند تنفيذه تنفيذا صحيحا أو عند الإخلال بتنفيذه ، ولايجوز الأخذ بأحكام المسئولية التقصيرية التى لا يرتبط المضرور فيها بعلاقة عقدية سابقة لما يترتب على الأخذ بأحكام المسئولية التقصيرية فى مقام العلاقة العقدية من إهدار لنصوص العقد المتعلقة

بالمسئولية عند عدم تنفيذه مما يخل بالقوة الملزمة له ، وذلك ما لم يثبت ضد أحد الطرفين أن الفعل الذى ارتكبه وأدى إلى الإضرار بالطرف الآخر يكون جريمة أو يعد غشا أو خطأ جسيما مما تتحقق معه المسئولية التقصيرية تأسيسا على أنه أخل بالتزام قانونى ، إذ يمتنع عليه أن يرتكب مثل هذا الفعل فى جميع الحالات سواء كان متعاقدا أو غير متعاقد " .

(طعن رقم ٢٨٠ لسنة ٣٤ ق جلسة ١٩٦٨/٤/١٦)

٢٣٦ـ المقصود بالخطأ الجسيم :

يعرف الرومان الخطأ الجسيم بأنه عدم إدراك وعدم توقع ما كان على أى أحد أن يدركه أو يتوقعه . ويمكن أن يقع الخطأ الجسيم بغير سوء نية الفاعل ، ودون أن يتجه قصده إلى إحداث الضرر ، الأمر الذى يجب توافره فى الخطأ العمد .

ولكن لما كان قصد الإضرار يتعذر إثباته فى الغالب ، فإنه قد يستنتج مما يقع من خطأ جسيم [١].

وتذهب بعض الأحكام إلى أن الخطأ الجسيم يتحقق بذلك الإهمال أو عدم التبصر الذى يبلغ حدا خاصا من الجسامة [٢].

---

(١) المستشار حسين عامر والمستشار عبد الرحيم عامر المسئولية المدنية الطبعة الثانية ١٩٧٩ ص ١٥١ ومابعدها .

(١) محكمة النقض الفرنسية فى ١١يناير سنة ١٩٣٢وفى ١٤أكتوبر سنة ١٩٣٢ .

ويمكن القول بأن الخطأ الجسيم مرحلة ما بين الخطأ التقصيرى البسيط والخطأ العمدى ، فهو تقصير يتجاوز الخطأ البسيط ولايرقى إلى الخطأ العمدى . مثال ذلك الطيار الذى يخرج عن الخط الملاحى الجوى ويطير فوق منطقة خطرة بسبب طبيعتها أو لاعتبارها منطقة حربية ، مما يتوافر معه احتمال سقوط طائرته أو إسقاطها وما يترتب على ذلك من أضرار ، وهذا سلوك يتجاوز الخطأ التقصيرى البسيط المتمثل فى الخروج عن الخط الملاحى الجوى المحدد للطيران ويتجاوزه إلى الطيران فوق منطقة خطره.

ويجب أن يتوافر علم الطيار بطبيعة تلك المنطقة ليتحقق احتمال وقوع الضرر ، فإن لم يثبت ذلك ، فينحصر سلوكه فى الخطأ التقصيرى البسيط ، وبالتالى ينتفى الخطأ الجسيم .

كما يتحقق الخطأ الجسيم بقبول حمولة بالمركبة تجاوز الوزن المقرر ، لما يترتب على ذلك من احتمال تحقق الضرر بتهشم المركبة وما يصاحب ذلك من أضرار تلحق ما يوجد بها من بضائع أو أشخاص [١].

وقد عرفت الفقرة الثانية من المادة ٢١٦ من قانون التجارة الجديد الواردة فى الفصل الخاص "بالنقل" الخطأ الجسيم بأنه : " كل فعل أوامتناع يقع من الناقل أو من تابعيه برعونة مقرونة بإدراك لما قد ينجم عنها من ضرر ".

---

(١) المستشار أنور طلبه ص ٢٤٠ .

وقد قضت محكمة النقض بأن :.

" المقصود بالخطأ الجسيم الذى يقع بدرجة غير يسيره ولايشترط أن يكون متعمدا ، واستخلاص هذا الخطأ مما يدخل فى حدود السلطة التقديرية لمحكمة الموضوع وتكييفه بأنه خطأ جسيم أو نفى هذا الوصف عنه هو من المسائل التى يخضع قضاء محكمة الموضوع فيها لرقابة محكمة النقض " .

(طعن رقم ٦٨١ لسنة ٤٩ ق جلسة ١٩٨٤/٢/٧- غير منشور)

٢- " لايشترط فى قيام الخطأ الجسيم فى نص المادة ٤٢ من القانون ٦٣ لسنة ١٩٦٤ بشأن التأمينات الاجتماعية الذى يحكم واقعة النزاع – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة- أن يكون متعمدا بل يكفى أن يكون خطأ غير عمدى ويقع بدرجة غير يسيرة".

(طعن رقم ١٤٤٣ لسنة ٤٧ ق جلسة ١٩٨١/٣/٤)

٢٣٧ـ المقصود بالغش :

الغش هو كل فعل أو امتناع يقع من الشخص أو تابعيه بقصد إحداث الضرر .

والقصد فى الغش يكون دائما خفيا بحيث لو ظهر لما تحقق الضرر.

والغش يستوجب وجود سوء النية أو تعمد إحداث الضرر.

والفرق بين الغش والتدليس ، أن الغش يكون فى مرحلة تنفيذ العقد وبعد إبرامه ، أما التدليس فيكون فى مرحلة إبرام العقد ، ويجمع بين الغش والتدليس توافر سوء النية .

ومثال الغش تبديد الشئ المنقول أو إحراقه[1] .

٢٣٨- عدم جواز تخفيف مسئولية الناقل البحرى عن الحدود المسموح بها فى معاهدة سندات الشحن .

١- " ظاهر من نص الفقرة الثامنة من المادة الثالثة ، والفقرة الخامسة من المادة الرابعة من معاهدة بروكسل لسنة ١٩٢٤ ، أنها لم تتناول بيان طريقة تقدير التعويض الذى يلتزم به الناقل عن عجز البضائع المشحونة وهلاكها واكتفت بوضع حد أقصى للتعويض عن هذا العجز أو التلف إذا لم يتضمن سند الشحن بيان جنس البضاعة وقيمتها قبل شحنها ، كما خلت باقى نصوص المعاهدة والقانون البحرى من بيان طريقة تقدير هذا التعويض، ومن ثم يتعين الرجوع إلى القواعد العامة الواردة فى القانون المدنى فى شأن المسئولية العقدية بصفة عامة مع مراعاة الحد الأقصى المشار إليه ".

(ب)- إذ كانت المادة ٢٢١ من القانون المدنى تقضى بأن يشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب بشرط أن

---

(١) راجع مؤلفنا موسوعة الفقه والقضاء فى شرح قانون التجارة الجديد- المجلد الثانى بندى ٤٣٩ ، ٤٤٠- حسين عامر وعبد الرحيم عامر ص ١٥١.

يكون هذا نتيجة طبيعة لعدم الوفاء بالالتزام ، فإن مقتضى ذلــك ، وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة- أن الناقل يكون مسئولا عن هلاك البضائع أو فقدها أثناء الرحلة البحرية بمقدار سعرها بالسوق الحرة التى تخضع لقواعد العرض والطلب فى مينــاء الوصــول ، ومن ثم فإنه وإن جاز الاتفاق على إعفــاء الناقــل البحــرى مــن المسئولية أو على تخفيفها إذا كان العجز فى البضائع أو تلفهــا قــد حدث قبل شحنها أو بعد تفريغها أى قبل أو بعد الرحلة البحريــة ، إلا أنه إذا كان العجز أو التلف قد لحق البضائع أثناء هذه المرحلة ، فإن الاتفاق على إعفاء الناقل البحرى من المسئولية أو تخفيفها عن الحد الذى تقضى به معاهدة بروكسل والقواعد العامة فى القــانون المدنى المكملة لها يكون اتفاقا باطلا بطلانا مطلقا ولايسوغ إعماله".

(طعن رقم ١٧٣ لسنة ٤١ ق جلسة ١٩٧٥/٤/٣٠)

٢- " متى كانت معاهدات سندات الشحن الصادر بها مرســوم بقانون فى ١٩٤٤/١/٣١ هى القانون المتعين التطبيق على النزاع ، فقد وجب إعمال ما ورد بهذا التشريع من أحكام خاصــة بالتحديــد القانونى للمسئولية بصرف النظر عما فى هذه الأحكام من مغــايرة لما هو مقرر فى شأن التحديد الاتفاقى للمسئولية " .

(طعن رقم ٥٦٩ لسنة ٤٠ ق جلسة ١٩٧٥/٥/٢٦)

٢٣٩- مسئولية المؤمن فى الخسارات البحرية :
قضت محكمة النقض بأن :

" لئن كان الأصل فى قيام مسئولية المؤمن قبل المؤمن له فى الخسارات البحرية وفقا لما تقضى به المادى ٢٤٣ من القانون التجارى البحرى ألا تقبل الدعوى بالمسئولية قبل المؤمن عن تلف البضاعة أو عجزها إذا كان يقل عن واحد فى المائة من قيمة الشئ الحاصل له الضرر ، إلا أنه إذا وجد شرط خاص فى مشارطة التأمين بصدد المسئولية عن العجز أو التلف ، فإنه يجب إعماله ، ذلك أن القاعدة الواردة فى المادة ٢٤٣ سالفة البيان ليست من القواعد الآمرة ، بل يجوز الاتفاق على مخالفتها بتشديد مسئولية المؤمن أو تخفيفها وفقا للشروط الخاصة بذلك التى تحددها مشارطة التأمين البحرى " .

(طعن رقم ١١٠ لسنة ٣٧ ق جلسة ١٩٧١/١٢/٢٨)

٢٤٠- اشتراط المدين إعفاءه من المسئولية الناشئة عن فعل أعوانه :

يجوز للمدين أن يشترط عدم مسئوليته عن الغش أو الخطأ الجسيم الذى يقع من أشخاص يستخدمهم فى تنفيذ التزامه ، رغم أنه لايستطيع ذلك بالنسبة للمسئولية الناشئة عن غشه أو خطئه الجسيم.

ويلاحظ أن مدير الشركة لا يعتبر وكيلا عنها يدخل فى طائفة الغير الذى يجوز للشركة أن تعفى نفسها من المسئولية عن فعله العمد أو خطئه الجسيم ، وإنما هو أداة الشركة فى معاملاتها بحيث يعتبر فعله عملا شخصيا للشركة ، فتكون الشركة مسئولة عن فعله مسئوليتها عن عمله الشخصى . ويترتب على ذلك أنه إذا اشترطت الشركة إعفاءها من المسئولية عن الغش الذى يقع من مديرها أو خطئه الجسيم وقع هذا الشرط باطلا [١].

وإذا وقع شرط الإعفاء صحيحا فإنه يترتب عليه إعفاء المدين من أية مسئولية بالقدر الذى يقول به الشرط .

أما إذا وقع الشرط باطلا فإن الشرط هو الذى يبطل وحده ويبقى العقد قائما ، إلا إذا كان هذا الشرط هو الدافع إلى التعاقد فيبطل العقد كله طبقا لفكرة الباعث المشروع [٢].

وجاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" على أن ذلك لا ينفى جواز التأمين على الخطأ ، ولو كان جسيما ، بل وفى نطاق المسئولية التقصيرية ذاتها ، متى كان لايرتفع إلى مرتبة الغش . كما أن للأفراد أن يتفقوا على الإعفاء

---

(١) عبد المنعم الصده ص ٣٥٥ هامش (١) .

(٢) عبد المنعم الصده ص ٣٥٥ ومابعدها .

من المسئولية الناشئة عن خطأ من يسألون عن أعمالهم ، بل وعـــن الغش الواقع من هــؤلاء ، ســواء أكانـــت المســئولية تعاقديـــة أم تقصيرية"(١).

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" إذ خلص الحكم المطعون فيه إلى عدم مســـاءلة الناقـــل عـــن التلف تأسيسا على شرط الإعفاء الوارد بعقد النقل طبقا لنص المادة ٢/٢١٧ من القانون المدنى فلا يكون قد أخطأ فى تطبيق القـــانون أيا كان الخطأ الذى نسبه الحكم إلى عمال الناقل وسواء وصفه بأنه خطأ يسير أو خطأ جسيم " .

(طعن رقم ٢٤٨ لسنة ٣٥ ق جلسة ١٩٦٩/٦/٣)

٢٤١ـ عدم الإعفاء من المسئولية التقصيرية :

أحكام المسئولية التقصيرية تتعلق بالنظام العام ، ومن ثـــم يقـــع باطلا كل شرط بإعفاء المدين من المسئولية التقصيرية الناشئة عن فعله الشخص ، أو بالإعفاء من المسئولية التقصيرية الناشـــئة عـــن فعل الأشخاص الذين يعده القانون مسئولا عنهم (٢).

غير أنه يجوز الاتفاق على تشديد هذه المسئولية ، كالاتفاق على

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٢ ص ٥٥٣ .

(٢) سليمان مرقس ص ١٢٦ .

اعتبار الخطأ مفترضا بينما هو مما يجب على الدائن إثباته ، ومتى تحققت المسئولية التقصيرية ، جاز الاتفاق على الإعفاء منها ويكون ذلك بمثابة إبراء للمدين ، كما يجوز الاتفاق على التخفيف منها كقبول جزء من التعويض المستحق (١).

وقد قضت محكمة النقض ـ الدائرة الجنائية ـ بأن :

١- " إنه وإن كان لمحكمة الموضوع أن تفسر العقود والإقرارات وتؤولها إلا أنه يجب عليها مع ذلك ألا تخرج في تفسيرها عما تحتمله عباراتها مع ما أحاط بها من ملابسات ، ولمحكمة النقض مراقبة ذلك . فإذا كان المجنى عليه قد تنازل يوم الحادثة فى محضر التحقيق عن حقه قبل المتهم الذى أحدث بإصبعه جرحا، ثم تضاعف الجرح بعدذلك وخلف عاهة مستديمة بالإصبع ، فهذا التنازل لايمثل التعويض عن العاهة لأن المجنى عليه لم يقدر ، عند تنازله، حدوثها . فإذا رفضت المحكمة - اعتمادا على هذا التنازل - الدعوى المدنية التى أقامها المجنى عليه فإنها تكون قد أخطأت فى تأويل التنازل ، ويكون حكمها متعينا نقضه " .

(طعن رقم ٣٥ لسنة ٨ ق جلسة ١٩٣٨/٢/١٤)

---

(١) المستشار أنور طلبه ص ٢٣٧ .

كما قضت محكمة النقض – الدائرة المدنية – بأن :

١- " إذا كان ما يأخذه الطاعن على الحكم هو قصور أسبابه إذ لم يرد على ما أثاره من أن المسئولية التى يدعيها هـى مسـئولية تقصيرية لا يصح قانونا الاتفاق علـى الإعفـاء منهـا ، وكانـت المحكمة فى حدود سلطتها المطلقة فى تفسير العقـد المبـرم بـين الطاعن وبين خصمه الذى يلقى عليه مسئولية التأخير عـن تنفيـذ شرط وارد فى العقد ، قد رأت أن هذا التأخير كـان ممـا توقعـه العاقدان واتفقا مقدما على الإعفاء منه اتفاقا جائزا صحيحا ، فهـذا من المحكمة فيه الرد الضمنى على الادعاء بأن ذلك التأخير كـان فى ذاته خطأ من الأخطاء التى لايجوز الاتفاق مقدما على الإعفـاء من المسئولية عنها ".

(طعن رقم ٣٠ لسنة ١٦ ق جلسة ١٩٤٧/٣/٢٧)

٢- " ليس هناك ما يمنع قانونا من اشـتراط تحميـل المتعهـد مسئولية العجز عن الوفاء الناشئ عن قوة قاهرة ، إذ لا مخالفة فى هذا الاتفاق للنظام العام . فإن المتعهد فى هذه الحالة يكون كشـركة التأمين التى تقبل المسئولية عن حوادث القوة القاهرة ، ولا جـدال فى مساءلة الشركة فى هذه الحالة . وإذن فإذا كان العقد المبرم بين طرفى الدعوى ينص على مسئولية متعهد النقل عن هلاك البضاعة التى تعهد بنقلها مهما كانت الأسباب أوالأخطـار قهريـة أو غيـر

قهرية ، فإنه يكون من المتعين على المحكمة أن تعمل هذا الاتفاق وتحكم بموجبه إذ هو يكون القانون المختار ، فإذا هي لم تفعل وأعفت المتعهد من المسئولية بدعوى أن الهلاك كان بقوة قاهرة ، كان حكمها مخالفا للقانون ".

(طعن رقم ١٢٤ لسنة ١٤ ق جلسة ١٩٤٥/١٠/٢٩)

٣- " إذا كان الحكم المطعون فيه قد انتهي بحق إلى أن مسئولية الشركة المؤجرة مسئولية تقصيرية وكانت الفقرة الأخيرة من المادة ٢١٧ من القانون المدنى صريحة فى بطلان كل شرط يقضى بالإعفاء من هذه المسئولية فإن دفاع الشركة المؤسس على إعفائها من هذه المسئولية يكون مرفوضا حتما وبالتالى فهو دفاع غير جوهرى لا يتغير به وجه الرأى فى الدعوى ومن ثم فإن إغفال الحكم الرد عليه لا يبطله ".

(طعن رقم ١٩٧ لسنة ٣٤ ق جلسة ١٩٦٧/١٠/٢٦)

وتلزم محكمة الموضوع بتطبيق قواعد المسئولية واجبة التطبيق ولو لم ينبه الخصم المحكمة إلى إعمال أحكام هذه المسئولية .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- (أ)- " إنه – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة- يتعين على محكمة الموضوع فى كل حال أن تتقصى من تلقاء نفسها

الحكم القانونى الصحيح المنطبق على العلاقة بين طرفى دعوى التعويض، وأن تنزله على الواقعة المطروحة عليها ، باعتبار أن كل ما تولد به للمضرور حق فى التعويض عما أصابه من ضرر قبل من أحدثه أو تسبب فيه إنما هو السبب المباشر المولد للدعوى بالتعويض ، مهما كانت طبيعة المسئولية التى استند إليها المضرور فى تأييد طلبه ، أو النص القانونى الذى اعتمد عليه فى ذلك ، لأن هذا الاستناد يعتبر من وسائل الدفاع فى دعوى التعويض التى يتعين على محكمة الموضوع أن تأخذ منها ما يتفق وطبيعة النزاع المطروح عليها ، وأن تنزل حكمه على واقعة الدعوى ، ولا يعد ذلك منها تغييرا لسبب الدعوى أو موضوعها مما لا تملكه من تلقاء نفسها ".

(ب)- " إذا كانت محكمة الموضوع قد طبقت أحكام المسئولية التقصيرية دون قواعد المسئولية الواجبة التطبيق ، فإنه يجوز لمن تكون له مصلحة من الخصوم فى إعمال هذه القواعد أن يطعن فى الحكم بطريق النقض على أساس مخالفته للقانون ، ولو لم يكن قد نبه محكمة الموضوع إلى وجوب تطبيق تلك القواعد لا لتزامها هى بإعمال أحكامها من تلقاء نفسها ، ولايعتبر النعى على الحكم بذلك إبداء لسبب جديد مما لاتجوز إثارته لأول مرة أمام محكمة النقض، ذلك أن تحديد طبيعة المسئولية التى يتولد عنها حق المضرور فى

طلب التعويض يعتبر مطروحا على محكمة الموضوع ، ولـو لـم تتناوله بالبحث فعلا " .

(طعن رقم ٨٩ لسنة ٣٨ ق جلسة ١٩٧٣/١٢/١١)

٢٤٢ـ شـرط تحديد المسئولية بمبلغ من المـال :

قد يتفق المتعاقدان على وضع حد مالى لمسئولية المدين بحيث لايجاوز التزامه بالتعويض لهذا الحد مهما بلغت قيمة الضرر .

فإذا كان المتعاقدان قد وضعا حدا تافها جداً لمسـئولية المـدين بحيث تصبح المسئولية صورية أو منعدمة بقصد الاحتيال على عدم جواز اشتراط الإعفاء من المسئولية فى الحالات التى لايجوز فيهـا هذا الشرط ، فإن هذا الشرط يقع باطلا ولا يعمل به .

أما فيما عدا ذلك من الأحوال فإنه يكون صحيحا لأنـه يعتبـر نوعا من الشرط الجزائى الذى يتفق المتعاقدان بموجبه سلفا علـى تقدير التعويض الذى ينشأ من عدم الوفاء [١].

---

(١) سليمان مرقس ص ١٢٦ ومابعدها – عبـد المـنعم الصـده ص ٣٥٥ هامش (٢) .

مـــادة (٢١٨)

لايستحق التعويض إلا بعد إعذار المدين مالم ينص على غير ذلك .

الشــــرح

٢٤٣ـ المقصود بالإعـــذار :

يقصد بالإعذار وضع المدين موضع المتأخر فى تنفيذ التزامـــه، ذلك أن مجرد حلول أجل الالتزام لا يكفى فى جعل المدين فى هـــذا الوضع القانونى لأن التأخر فى التنفيذ حالة قانونية الأصل فيها أنه لا يكفى لقيامها مجرد التأخر الفعلى ، وإنما يلزم أن يسجله الـــدائن عليه بالإعذار .

فمجرد استحقاق أداء الالتزام لا يكفى لجعل المدين معذرا ، لأنه قد يحل أجل الالتزام مع ذلك يسكت الدائن عـــن مطالبـــة المـــدين بالتنفيذ ، فيحمل ذلك منه محمل التسامح وأنه لم يصبه ضرر مـــن تأخر المدين فى تنفيذ التزامه وقد رضى ضمنيا بمد الأجل مـــادام يستطيع الانتظار دون ضرر يصيبه من ذلك ، لذلك إذا أراد الدائن أن يقوم المدين بالتنفيذ بغير إرجاء ، فعليه أن يفصح له عن رغبته هذه بالطرق التى رسمها القانون ، فيكون بذلك قد أعذره ، ويكـــون على المدين فى هذه الحالة أن يقوم بالتنفيذ فورا وإلا ترتبت علـــى تأخره نتائج قانونية [١].

---

(١) اسماعيل غانم ص ٨٧ ومابعدها – نبيل إبراهيم سعد ص ٥٠ .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " لما كان إعذار المدين هو وضعه قانونا فى حالة التـأخير فى تنفيذ التزامه إذ أن مجرد حلول أجل الالتزام والتأخر الفعلى فى تنفيذه لا يكفى لاعتبار المدين متأخرا فى التنفيذ على نحـو يـوفر مسئوليته القانونية عن هذا التأخير بل لا بد من إعذاره بالطرق التى بينها القانون فعندئذ يصبح المدين ملزما بتنفيذ التزامه فورا " .

(طعن رقم ٢٦٨ لسنة ٦٢ ق جلسة ١٩٩٨/٤/١٢)

٢- " مفاد نص المادة ١٨ مـن القـانون المـدنى أن شـرط استحقاق التعويض عند عدم تنفيذ الالتزام أو التأخير فـى تنفيـذه ، إعذار المدين ما لم ينص على غير ذلـك ، ولا يغنـى عـن هـذا الإعذار أن يكون التعويض مقدرا فى العقد أو أن يكون قد حل أجل الوفاء به وتأخر المدين فعلا فى أدائه " .

(طعن رقم ٢٦٨ لسنة ٦٢ ق جلسة ١٩٩٨/٤/١٢)

٣- " لما كان البين من الأوراق أن عقد البيع سند الدعوى قـد خلا من النص على الإعفاء من الإعـذار وهـو إجـراء واجـب لاستحقاق التعويض المتفق عليه فيه وكان هذا الإعذار لـم يـتم إلا بتاريخ ١٩٨٩/٤/٢٠ فإنه من ذلك التاريخ يحق للمطعون عليهمـا المطالبة بالتعويض المنصوص عليه بالبند السابع من عقـد البيـع سالف الذكر . لما كان ما تقدم وكان الحكم المطعون فيـه المؤيـد

للحكم الابتدائى قد خالف هـذا النظـر وقضـى بـالإلزام الطاعنـة بالتعويض المطالب به عن المدة ١٩٨٣/٢/١ حتـى ١٩٨٩/١/٣١ وهى الفترة السابقة على حصول الإعذار الموجه إليها من المطعون ضدهما فى ١٩٨٩/٤/٢٠- رغم تمسكها بدفاعها الـوارد بسـبب النعى- فإنه يكون قد أخطأ فى القانون .

(طعن رقم ٢٦٨ لسنة ٦٢ ق جلسة ١٩٩٨/٤/١٢)

٢٤٤ـ متى يجب الإعذار ؟

التعويض نوعان : تعويض عن عدم الوفاء ، وهو الذى يعوض الدائن عما فاته بسبب عدم تنفيذ الالتزام كله أو بعضه . وتعويض عن التأخير فى الوفاء ، وهو الذى يعوض الدائن عما أصابه من ضرر بسبب التأخير فى الوفاء ، وهذا النوع من التعويض ، كالنوع الأول تنفيذ بمقابل ، إذ هو يعوض الدائن عما فى التنفيذ العينى من نقص بسبب عدم القيام به فى الوقت المناسب ، ذلك النقص الذى لايمكـن تداركه بالتنفيذ العينى . وعليه يمكن أن يجتمع هذا التعـويض مـع التنفيذ العينى ، كما يمكن أن يجتمع مع التعويض عن عدم الوفاء .

والإجماع على أن الإعذار واجب عند التأخير فى التنفيـذ [١]. فالتعويض عن التأخير فى التنفيذ لايستحق إلا بعد إعذار المـدين ،

---

(١) السنهورى جـ٢ ص٧٨٧- اسماعيل غانم ص٨٩- نبيل سعد ص ٤٦.

ومن ثم لا يشمل التعويض ما أصاب الدائن من ضرر قبل الإعذار.

أما فيما يختص بوجوب الإعذار فى التعويض عن عدم التنفيذ، فقد انقسم الرأى فى شأنه :

فذهب رأى إلى وجوب الإعذار لإطلاق النص ولما ورد بمذكرة المشروع التمهيدى عنه من أنه : " لايستحق التعويض لعدم التنفيذ ، أو للتأخير فيه ، إلا بعد الإعذار ، وهو دعوة توجه إلى المدين ، يقصد منها إنذاره بوجوب الوفاء "(١). مع ملاحظة التفرقة بين حالتين :

بين ما إذا كان التنفيذ العينى قد أصبح غير ممكن أو غير مجد بفعل المدين فلا ضرورة للإعذار ، إذ لا فائدة منه حينئذ ، وسنرى أن الإعفاء عن الإعذار في هذه الحالة ينص عليه القانون (م٢٢٠/١ مدنى) .

وبين ما إذا كان التنفيذ العينى ما يزال ممكنا فإنه يجب الإعذار لكى يسجل على المدين امتناعه عن الوفاء . وبذلك يحق للدائن أن يطالب بالتعويض مباشرة على أساس أن المدين لا يمانع فيه مادام أنه قد رفض الوفاء العينى (٢).

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٢ ص ٥٦٠ .

(٢) السنهورى جـ٢ ص ٧٨٧ ومابعدها – عبد المنعم الصده ص ٣٤ .

بينما ذهب رأى آخر إلى عدم وجوب الإعذار فى التعويض عن عدم التنفيذ لأن التعويض عن عدم التنفيذ مستحق عن واقعة لا شأن للإعذار بها وهى واقعة الإخلال إخلالا نهائيا بالالتزام [١].

وقد أخذت محكمة النقض – فى ظل القانون القديم – بالرأى الأول .

إذ قضت بـأن :

١- " إن حكم القانون صريح فى أن التضمينات المترتبة علـى عدم الوفاء بكل المتعهد به أو جزء منه ، أو المترتبة على تـأخير الوفاء ، لاتستحق إلا بعد تكليف المتعهد بالوفاء تكليفا رسميا . فإذا قضى حكم لمشتر على بائع ، ضمن خلو العين المبيعة من جميـع الموانع والمحظورات ، باستحقاق الفوائد التعويضية عليه وسريانها إلى حين قيام هذا البائع بإزالة حق عينى عليهـا ، وجعـل مبـدأ استحقاق هذه الفوائد من تاريخ عقد بيع صدر من هذا المشترى إلى مشترى آخر ابتاع منه هذه العين واستبقى جزءا من ثمنها تحت يده حتى يقدم له الدليل على زوال الحق العينى المقرر عليها ، فيكـون هذا الحكم قد خالف القانون فـى اعتبـار مبـدأ سـريان الفوائـد التعويضية من تاريخ عقد البيع المذكور ".

(طعن رقم ٥٦ لسنة ٣ ق جلسة ١٩٣٣/١٢/٢٨)

---

(١) اسماعيل غانم ص ١٠٤ ومابعدها – نبيل إبراهيم سعد ص ٤٩- عبـد المنعم البدراوى ص ٦١ .

٢- " إنه وإن كانت التضمينات فى حالة العجز عن الوفاء العينى تعتبر مستحقة من الوقت الذى يظهر فيه الدائن عجز المدين عن الوفاء إلا أنه إذا لم يظهر هذا العجز فإن التضمينات تكون غير مستحقة من الوقت الذى يمتنع فيه المدين عن الوفاء بعد تكليفه به رسميا من قبل الدائن عملا بالقاعدة القانونية العامة . وعلى ذلك إذا سلم البائع جزءا من المبيع متأخرا عن الميعاد المتفق عليه ثم توقف عن تسلم الباقى حتى أعذره المشترى، ولم يثبت من وقائع الدعوى . ما يدل على ظهور عجز البائع عن الوفاء من اليوم الذى حصل فيه تسليم ذلك الجزء ، بل كانت تلك الوقائع دالة على أن ميعاد التوريد المتفق عليه فى العقد قد عدل عنه برضاء الطرفين ، فإن التضمينات لا تكون مستحقة إلا من الوقت الذى امتنع فيه البائع عن الوفاء بعد تكليفه به رسميا . وإذا تمسك البائع (بسبب ارتفاع الأسعار) باستحقاق التضمينات من تاريخ التسليم الجزئى باعتبار أنه هو التاريخ الذى ظهر فيه عجزه عن الوفاء بالباقى ، وقضت المحكمة بذلك كان حكمها مخطئا فى تطبيق القانون " .

(طعن رقم ٨٨ لسنة ١٤ ق جلسة ١٩٤٥/١/٢٥)

كما أخذت بذلك فى ظل التقنين المدنى الجديد إذ قضت بأن :

" مفاد نص المادة ٢١٨ من القانون المدنى أن شرط استحقاق التعويض عند عدم تنفيذ الالتزام أو التأخير فى تنفيذه ، إعذار المدين ما لم ينص على غير ذلك ، ولا يغنى عن هذا الإعذار أن يكون التعويض مقدرا فى العقد أو أن يكون قد حل أجل الوفاء به وتأخر المدين فعلا فى أدائه ".

(طعن رقم ٢٦٨ لسنة ٦٢ ق جلسة ١٩٩٨/٤/١٢)

٢٤٥ـ الإعفاء من الإعذار بنص القانون :

رأينا أن المادة ٢١٨ تنص على أنه لايستحق التعويض إلا بعد إعذار المدين ، ما لم ينص على غير ذلك – ومعنى ذلك أنه يجوز استثناء بعض الحالات من شرط الإعذار ، وقد نصت على هذه الحالات المستثناه المادة (٢٢٠) مدنى . كما توجد استثناءات أخرى فى نصوص متفرقة .

(أنظر شرح المادة ٢٢٠) .

٢٤٦ـ آثار الإعذار :

يترتب على الإعذار الآثار الآتية :

١- الأثر الرئيسى الذى يترتب على الإعذار هو استحقاق الدائن تعويضا عن جميع الأضرار التى تلحقه بعد ذلك من جراء عدم

الوفاء – على الرأى الذى أخذ به قضاء النقض – ومن جراء التأخير فى التنفيذ . أما فى الفترة التى سبقت الإعذار فلا يعوض المدين الدائن عن التأخير فى التنفيذ ، مع ملاحظة أنه إذا كان موضوع الالتزام مبلغا من النقود فإن المدين لا يلزم – كقاعدة عامة– بفوائد التأخير وفقا للقانون ، إلا من يوم المطالبة القضائية بهذه الفوائد .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١– " إن إمهال الدائن مدينه ذو شأن فى تعيين تاريخ التقصير . فإذا كان الحكم قد اعتد فى تعيين تاريخ التقصير بإعذار صادر فى تاريخ معين دون الإعذار الصادر بعده المشتمل على منح مهلة للوفاء ، وذلك من غير أن يوضح علة اطراحه الإعذار الأخير فإنه يكون قاصرا ".

(طعنان رقما ١٥٢ ، ٣٢ لسنة ١٧ ق جلسة ١٩٤٨/٤/٢٩)

٢– يترتب على الإعذار إمكان مطالبة الدائن بفسخ العقد التبادلى بسبب عدم قيام الطرف الآخر بتنفيذ التزامه . فقد نصت المادة ١/١٥٧ من القانون المدنى على أنه " فى العقود الملزمة للجانبين إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الآخر بعد إعذاره المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو بفسخه ، مع التعويض فى الحالتين إن كان له مقتض (م١٥٨) .

٣- يترتب على الإعذار انتقال تبعة الهلاك من طرف إلى آخر.

وتطبيقا لهذا نصت المادة ٢٠٧ من القانون المدني على أنه :

"١- إذا التزم المدين أن ينقل حقا عينيا أو أن يقوم بعمل ، وتضمن التزامه أن يسلم شيئا ولم يقم بتسليمه بعد أن أعذر ، فإن هلاك الشئ يكون عليه ولو كان الهلاك قبل الإعذار على الدائن " .

والأساس فى نقل تبعة الهلاك بعد الإعذار إلى المدين افتراض مؤداه أنه لو كان المدين قد قام بالتنفيذ بمجرد إعذاره ، فسلم الشئ إلى الدائن ، لما هلك الشئ بهذا الحادث المفاجئ . على أن المادة ٢/٢٠٧ أضافت أنه " لا يكون الهلاك على المدين ، ولو أعذر ، إذا أثبت أن الشئ كان يهلك كذلك عند الدائن لو أنه سلم إليه ، ما لم يكن المدين قد قبل تحمل تبعة الحوادث المفاجئة " .

وكذلك نصت المادة ٤٣٧ على أنه : " إذا هلك المبيع قبل التسليم لسبب لايد للبائع فيه ، انفسخ البيع واسترد المشترى الثمن ، إلا إذا كان الهلاك بعد إعذار المشترى لتسلم المبيع " . فالهلاك قبل التسليم على البائع ، وتنتقل تبعته إلى المشترى إذا أعذره البائع لتسلم المبيع ولم يفعل "[١].

---

(١) عبد المنعم البدراوى ص ٦٢ ومابعدها .

٢٤٧ـ لا يسرى الإعذار بالنسبة للمبلغ الإضافى الذى يلتزم به صاحب العمل فى حالة تأخيره فى دفع الاشتراكات :

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" المبلغ الإضافى الذى يلتزم به صاحب العمل فى حالة تأخيره فى أداء الاشتراكات ، والمنصوص عليه فى المادة ١٧ من قانون التأمينات الاجتماعية رقم ٦٣ لسنة ١٩٦٤ ، ليس تعويضا مما تشترط المادة ٢١٨ من القانون المدنى لاستحقاقه إعذار المدين، بل هو جزاء مالى فرضه المشرع على صاحب العمل لحمله على أداء الاشتراكات المستحقة فى مواعيدها وهذا الجزاء شبيه بالجزاء الذى فرضه المشرع فى المادة ٧ من القانون رقم ٢٣٣ لسنة ١٩٦٠ على حائزى أجهزة استقبال الإذاعة التليفزيونية الذين لايؤدون الرسم المقرر فى المواعيد المحددة لأدائه فقد ألزمهم ذلك القانون بدفع الرسم مضاعفا ووصفت مذكرته الإيضاحية هذا الجزاء بأنه عقوبة مالية وهو ما يقطع بأنه ليس تعويضا إذ أنه يختلف عن التعويض الذى هو مقابل الضرر الذى يلحق الدائن بسبب خطأ المدين والذى لابد لاستحقاقه من ثبوت هذا الخطأ ووقوع الضرر للدائن نتيجة له ، بينما المبلغ الإضافى يستحق بمجرد ثبوت التأخير فى دفع الاشتراكات المستحقة ودون إثبات أى عنصر من تلك

العناصر اللازمة لاستحقاق التعويض ، ومتى كان هذا المبلغ الإضافى لا يعتبر تعويضا فإنه لايسرى عليه حكم المادة ٢١٨ من القانون المدنى الذى يوجب الإعذار ويستحق بمجرد انقضاء المواعيد المحددة لأداء الاشتراكات المستحقة أسوة بالفوائد التى ألزم بها المشرع رب العمل فى هذه الحالة " .

(طعن رقم ٣٣٧ لسنة ٣٥ ق جلسة ١٩٦٩/٦/١٢)

٢٤٨ـ عدم تعلق الإعذار بالنظام العام :

الإعذار لا يتعلق بالنظام العام ، وإنما شرع لمصلحة المدين وله أن يتنازل عنه . وإذا لم يبد تمسكه بعدم إعذار الدائن له أمام محكمة الموضوع (محكمة أول درجة أو ثانى درجة) فلا يقبل منه إثارة الدفاع لأول مرة أمام محكمة النقض .

وينبنى على ذلك أنه لايجوز للمحكمة التصدى للإعذار من تلقاء نفسها .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" الإعذار قد شرع لمصلحة المدين وله أن يتنازل عنه ، فإذا لم يتمسك المدين أمام محكمة الاستئناف بأن الدائن لم يعذره قبل رفع الدعوى بفسخ العقد فإنه لا يقبل منه إثارة هذا الدفاع لأول مرة أمام محكمة النقض " .

(طعن رقم ٣٧٠ لسنة ٢٩ ق جلسة ١٩٦٤/٥/١٤)

٢- " الإعذار – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة- قد شرع لمصلحة المدين وله أن يتنازل عنه فإذا لم يتمسك أمام محكمة الموضوع بأن الدائن لم يعذره قبل رفع الدعوى فلا يقبل منه إثارة هذا الدفاع لأول مرة أمام محكمة النقض وإذ خلت الأوراق مما يدل على سبق تمسك الطاعنة بعدم إعذارها قانونا قبل رفع الدعوى ومن ثم يعد دفاعها هذا سببا جديدا وبالتالى غير مقبول" .

(طعن رقم ١٤٣٢ لسنة ٥٩ ق جلسة ١٩٩١/٤/٢٢- لم ينشر)

٣- " لما كان من المقرر- فى قضاء هذه المحكمة – أن الإعذار شرع لمصلحة المدين وله أن يتنازل عنه ، وكان البين من الأوراق أن الشركة المطعون ضدها لم تتمسك فى دفاعها بأن الطاعن لم يعذرها بتنفيذ التزامها وإذ تصدت المحكمة من تلقاء نفسها لذلك وانتهت إلى رفض الدعوى لعدم إعذار الشركة ، فإن الحكم المطعون فيه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون ".

(طعن رقم ٨٧٧ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٩٣/٦/٢٩)

مـــادة (٢١٩)

يكون إعذار المدين بإنذاره أو بما يقوم مقام الإنذار ، ويجـــوز أن يتم الإعذار عن طريق البريد على الوجه المبين فـــى قـــانون المرافعات، كما يجوز أن يكون مترتبا على اتفاق يقضى بأن يكون المدين معذرا بمجرد حلول الأجل دون حاجة إلى أى إجراء آخر .

الشـــرح

٢٤٩ ـ كيفيـة الإعذار:

الأصل فى القانون المدنى أن يتم الإعذار بورقة رسمية ، وهذه الورقة الرسمية هى الإنذار . والإنذار ورقة رســمية مــن أوراق المحضرين يبين فيها الدائن بوضوح أنه يطلب من المــدين تنفيــذ التزامه . وقد بين قانون المرافعات فى المواد ٦ ومابعــدها كيفيــة إعلان الإنذار .

وقد أشارت المادة إلى طريقة أخرى يتم بها الإنذار وهى طريقة البريد . وليس المقصود هنا أن يرسل الدائن بنفســه مكتوبــا إلـــى المدين ، بل المقصود هو ذلك الطريق الذى كان ينص عليه قـــانون المرافعات رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٩ الملغى [١]، إذ أجاز فـــى بعـــض الأحوال أن يرسل المحضر صورة الإنذار إلى المعلن إليه بطريـــق

---

(١) المواد من (١٥ – ١٩) من القانون .

البريد مع علم بالوصول . وقد ألغيت هذه الطريقة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٢ ، ولم يشر إليها قانون المرافعات الجديد .

ولا يلزم فوق ذلك تهديد المدين بالفسخ والتعويض فكلاهما جزاء يرتبه القانون على تخلف المدين عن الوفاء بالتزامه فى العقود الملزمة للجانبين ، وليس بلازم أن ينبه المدين عليهما قبل رفع الدعوى ويطلب أيهما .

ويقوم مقام الإنذار أى ورقة رسمية يبين منها أن الدائن يريد أن يقوم المدين بتنفيذ التزامه ، وذلك بشرط أن تعلن هذه الورقة للمدين . ومن ذلك إعلان السند التنفيذى الذى يسبق التنفيذ عملا بالمادة ٢٨١ من قانون المرافعات .

ومن ذلك أيضا صحيفة الدعوى ولو رفعت أمام محكمة غير مختصة ، أو كانت باطلة لم يترتب عليها افتتاح الدعوى لنقص فى البيانات اللازمة لصحة افتتاحها أو لعدم مراعاة مواعيد الإعلان . بل إن سقوط الخصومة أو انقضاءها بالتقادم أوتركها لا يلغى أثر صحيفة الدعوى فى إعذار المدين ، وإنما يقتصر الإلغاء على الآثار التى ترتبت على قيام الخصومة ، إلا إذا تضمن موقف الدائن ما يدل على أنه قد تنازل عن أثر صحيفة الدعوى فى إعذار المدين[١].

---

(١) اسماعيل غانم ص ٩٥ ومابعدها - نبيل إبراهيم سعد ص ٥١ .

كما يعتبر إعذارا محضر الحجز وهو من أعمال التنفيذ .

أما الأوراق غير الرسمية فهى لا تكفى كوسيلة للإعذار فى المسائل المدنية ، إلا إذا كان متفقا بين الدائن والمدين على أنها تكفى . ومن قبيل هذه الأوراق الخطابات ولو كانت مسجلة والبرقيات.

وعلى ذلك ليس ثمة ما يمنع من الاتفاق على الاكتفاء فى الإعذار بخطاب عادى غير مسجل أو حتى بمجرد خطاب شفوى وإن كان يصعب على الدائن فى هذه الحالة أن يثبت حصول الإعذار .

وقد جرت بعض أحكام القضاء الفرنسى على جواز حصول الإعذار بكتاب مسجل حتى فى المسائل المدنية إذا جرت عادة اتفاقية على ذلك فالعادة الاتفاقية تعتبر بمثابة الاتفاق الضمنى (١).

أما فى المسائل التجارية فيكفى فى الإعذار أن يكون بورقة غير رسمية وفقا للعرف التجارى ، بل يكفى الإخطار الشفوى إذا كان العرف التجارى يقضى بذلك . غير أنه يجب على الدائن إثبات تمام الإعذار على هذا الوجه (٢).

وأيا كان الإجراء المتبع فى إعذار المدين، سواء كان بورقة

---

(١) عبد المنعم البدراوى ص ٥٥ .

(٢) السنهورى ص ٧٧٩ .

رسمية طبقا للقاعدة العامة أو كان بورقة غير رسمية أو بإخطار شفوى وفقا للعرف التجارى أو بمقتضى الاتفاق ، فإنه يتعين أن تبدو رغبة الدائن واضحة فى أن يقوم المدين بالتنفيذ فورا . واستظهار إرادة الدائن هذه مما يدخل فى سلطة قاضى الموضوع ولا رقابة لمحكمة النقض عليه فى ذلك [١].

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" يبقى بعد ذلك بيان كيفية إعذار المدين ، حيث يكون هذا الإجراء ضروريا . وقد استحدث المشروع فى هذا الشأن ضربا من ضروب التيسير ، فلم يكتف بالإنذار الرسمى أو ما يقوم مقامه- كورقة التكليف بالحضور أو تنبيه نزع الملكية أو الحجز - بل أجاز الإعذار بالكتابة ، أيا كانت صورتها ، ولو كانت من قبيل الخطابات أو البرقيات .

بيد أن مجرد التصريح الشفوى لا يكفى فى الإعذار مهما يكن شكله ، إلا إذا اتفق على خلاف ذلك . وكذلك لا يعتبر المدين معذرا بمجرد حلول أجل الوفاء ، ولو كان هذا الأجل محتسبا على أساس تقويم زمنى معين (أنظر عكس ذلك المادة ٢٨٤ من التقنين الألمانى ، والمادة ١٠٢ من تقنين الالتزامات السويسرى ، والمادة

---

(١) نبيل إبراهيم سعد ص ٥١ – اسماعيل غانم ص ٩٧ .

١٣٣٤ من التقنين النمساوى ، والمادة ٢٤٣ من التقنين البولـونى ، والمادة ٩٦٠ من التقنين البرازيلى ، والمـادة ٢٢٩ مـن التقنـين الصينى، والمادة ٤١٢ من التقنين اليابـانى، والمـادة ٧١١ مـن التقنين البرتغالى ، والمادة ١٢٢٣ من التقنين الإيطـالى ، والمـادة ٢٦٩/٢٥٥ من التقنين التونسى والمراكشى) .

وقد احتذت المادة ٢٩٧ مثال المشـروع الفرنسـى الإيطـالى (المادة ٩٥) فلم تجعل لمجرد حلول الأجل حكم الإعذار إلا إذا اتفق من قبل على خلاف ذلك " [١].

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " يشترط فى التنبيه بالوفاء أن يكون بتكليف رسمى على يد محضر فلا يصح بمجرد خطاب ولو كان موصى عليه " .

(طعن رقم ١٣٨ لسنة ٢٠ ق جلسة ١٩٥٢/٥/١)

٢- " الإعذار هو وضع المدين وضع المتأخر فى تنفيذ التزامه، وقد بينت المادة ٢١٩ من القانون المدنى الإجراءات التى يتم بهـا الإعذار فنصت على أن " يكون إعذار المدين بإنذاره أو بما يقـوم مقام الإنذار ، ويجوز أن يتم الإعذار عن طريق البريد على الوجه المبين فى قانون المرافعات " . فالأصل فى الإعذار أن يكون بإنذار

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٢ ص ٥٦١ .

المدين على يد محضر بالوفاء بالتزامه الذى تخلف عن تنفيذه ، ويقوم مقام الإنذار كل ورقة رسمية يدعو فيها الدائن المدين إلى الوفاء بالتزامه ويسجل عليه التأخير فى تنفيذه . ولايتطلب القانون أن تتضمن الورقة فوق ذلك تهديد المدين بطلب فسخ العقد فى حالة عدم وفائه بالتزامه ، ذلك لأن الفسخ والتعويض كليهما جزاء يرتبه القانون على تخلف المدين عن الوفاء بالتزامه فى العقود الملزمة للجانبين وليس بلازم أن ينبه المدين إليهما قبل رفع الدعوى بطلب أيهما وإذ كان بروتستو عدم الدفع ورقة رسمية يقوم بإعلانها المحضر إلى المدين فى السند لإثبات امتناعه عن الدفع وقد نصت المادة ١٧٤ من قانون التجارة على أن يعمل البروتستو على حسب الأصول المقررة فيما يتعلق بأوراق المحضرين كما تتطلب المادة ١٧٥ من هذا القانون أن تشتمل ورقة البروتستو على التنبيه الرسمى على المدين بدفع قيمة السند ، فإن البروتستو يعتبر إعذارا للمدين بالمعنى الذى يتطلبه القانون فى الإعذار ".

(طعنان رقم ٥٢٣ ، ٥٢٤ لسنة ٢٩ ق جلسة ١٩٦٤/١١/١٢)

٣- " إعذار المدين هو وضعه قانونا فى حالة المتأخر فى تنفيذ التزامه ، والأصل فى هذا الإعذار أن يكون بورقة رسمية من أوراق المحضرين يبين الدائن فيها أنه يطلب من المدين تنفيذ الالتزام، ومن ثم فلا يعد إعذارا إعلان المشترى بصحيفة دعوى فسخ البيع

لإخلاله بتنفيذ التزام من التزاماته إلا إذا اشتملت صحيفتها على تكليفه بالوفاء بهذا الالتزام ".

(طعن رقم ٥٤٤ لسنة ٤٨ ق جلسة ١٩٧٩/١/٢٥)

٤- " الأصل فى التشريع المصرى أن مجرد حلول أجل الالتزام لايكفى لاعتبار المدين متأخرا فى تنفيذه ، إذ يجب للتنفيذ العينى للالتزام كما يجب للتنفيذ بطريق التعويض إعذار المدين حتى لايحمل سكوت الدائن محمل التسامح والرضاء الضمنى بتأخر المدين فى هذا التنفيذ ، فإذا أراد الدائن أن يستأدى حقه فى التنفيذ الذى حل أجله وجب عليه أن يعذر المدين بذلك حتى يضعه من تاريخ هذا الإعلان موضع المتأخر قانونا فى تنفيذ التزامه وتترتب على هذا التأخير نتائجه القانونية ، والأصل أن يكون الإعذار بإنذار على يد محضر يكلف فيه الدائن مدينه بالوفاء بالتزامه ، ويقوم مقام هذا الإنذار كل ورقة رسمية تحمل هذا المضمون ، كما يجوز فى المسائل التجارية أن يكون بورقة عرفية أو شفويا إذا جرى بذلك العرف التجارى ، وفى جميع الأحوال إذا خلا الإعذار من التكليف المشار إليه لم يكن إعذارا بالمعنى الذى يتطلبه القانون ، فلا يعد إعذارا إعلان المدين بصحيفة دعوى الفسخ لإخلاله بتنفيذ أحد التزاماته إلا إذا اشتملت تلك الصحيفة على تكليف بالوفاء بهذا الالتزام ".

(طعن رقم ١١١٠ لسنة ٤٩ ق جلسة ١٩٨٤/٢/٦)

٥- " لما كان الإعذار إجراءا واجبا لاستحقاق التعويض ما لـم ينص على غير ذلك – وكان المقصود بالإعذار هو وضع المـدين موضع المتأخر فى تنفيذ التزامه – والأصل فى الإعذار أن يكـون بإنذار المدين على يد محضر بالوفاء بالتزامه الذى تخلف عن تنفيذه ، ويقوم مقام الإنذار كل ورقة رسمية يدعو فيها الدائن المدين بالوفاء بالتزامه ويسجل عليه التأخير فى تنفيذه على أن تعلن هذه الورقـة إلى المدين بناء على طلب الدائن – لما كان ذلك وكـان الإنـذاران الموجهان من الطاعن إلـى الشـركة المطعـون ضـدها بتـاريخ ١٩٦٩/٤/٧، ١٩٧٠/٨/١٩– والمرفقان بملف الطعن– لم يتضمنا دعوة الطاعن للشركة المطعون ضدها الوفاء بالتزامها بتمكينه مـن تنفيذ باقى الأعمال المسندة إليه بمبنـى الحقـن والبتـومين بالسـد العالى– والتى يدعى أن الشركة المطعون ضدها منعته من تنفيذها– وإذ لم تشتمل صحيفة الدعوى– كذلك– على الإعذار بالمعنى الذى يتطلبه القانون وكان عقد المقاولة المحرر عـن هـذه الأعمـال– والمرفق بملف الطعن– قد خلا من الـنص علـى الإعفـاء مـن الإعذار– فإن الحكم المطعون فيه إذا انتهـى إلـى رفـض طلـب التعويض لتخلف الإنذار يكون قد صادف صحيح القانون ".

(طعن رقم ١١٦٤ لسنة ٤٨ ق جلسة ١٩٨٤/٣/١٢)

٢٥٠ـ وجوب تقديم أصل الإعذار :
وفى هذا قضت محكمة النقض بأنه :

١- " لا يكفى لترتيب الأثر القانونى للإنذار أن يكون المشترى قد قال فى دعوى أخرى إن البائع قد أنذره مادام ذلك القول قد صدر فى وقت لم يكن النزاع على العقد المتنازع فيه مطروحا بل يجب تقديم الإنذار حتى يمكن للمحكمة أن تتبين إن كان يترتب عليه الفسخ أم لا ، وذلك بالرجوع إلى تاريخه وما تضمنه لأنه قد يكون حاصلا قبل الميعاد المعين للوفاء أو قبل قيام البائع بتعهداته التى توقفت عليها تعهدات المشترى " .

(طعن رقم ٨٠ لسنة ١٣ ق جلسة ١٩٤٤/٣/١٦)

٢- " الإعذارهو وضع المدين موضع المتأخر فى تنفيذ التزامه. والأصل فى الإعذار أن يكون بإنذار المدين على يد محضر بالوفاء بالالتزام (م٢١٩ مدنى) . ويقوم مقام الإنذار كل ورقة رسمية يدعو فيها الدائن المدين إلى الوفاء بالتزامه ويسجل عليه التأخير فى تنفيذه على أن تعلن هذه الورقة إلى المدين بناء على طلب الدائن . وإذ كان قرار محكمة الأحوال الشخصية بإلزام الوصى بإيداع المتبقى فى ذمته للقاصر فى الميعاد المحدد بهذا القرار ، لايعدو أن يكون- على ما يستفاد من نص المادة ١٠١٤ من قانون المرافعات- أمر بإلزام الوصى بالأداء مقررا حق القاصر فى ذمته وقاطعا للنزاع

بشأنه فيما بين الوصى والقاصر ومنشئا لسند رسمى قابل للتنفيذ الجبرى على الوصى المحكوم عليه ، فإن القرار بهذا المثابة لايتضمن إعذارا للوصى بالمعنى المقصود بالإعذار الذى تجرى من تاريخه الفوائد طبقا للمادة ٢/٧٠٦ من القانون المدنى ذلك لأنه لم يوجه من الدائن أو نائبه ولم يعلن إلى المدين كما أنه مهما كان لمحكمة الأحوال الشخصية من سلطة الإشراف على أموال القاصر – فإنه ليس من وظيفتها اتخاذ مثل هذا الإجراء نيابة عنه".

(طعن رقم ٣٠٦ لسنة ٣٢ ق جلسة ١٩٦٦/٤/٢٨)

مــادة (٢٢٠)

لا ضرورة لإعذار المدين فى الحالات الآتية :

(أ) إذا أصبح تنفيذ الالتزام غير ممكـن أو غـر مجـد بفعـل المدين.

(ب) إذا كان محل الالتزام تعويضا ترتـب علـى عمـل غيـر مشروع .

(ج) إذا كان محل الالتزام رد شئ يعلم المدين أنه مسروق أو شئ تسلمه دون حق وهو عالم بذلك .

(د) إذا صرح المدين كتابة أنه لا يريد القيام بالتزامه .

الشـــرح

٢٥١ـ الحالات التى لايلزم فيها الإعذار :

هناك حالات لايلزم فيها الإعذار ، ويعتبر مجرد حلـول أجـل الوفاء بالالتزام إشعارا كافيا للمدين بوجوب تنفيذ التزامه دون حاجة إلى أى إجراء ، وإلا كان مسئولا عن التعويض .

وهذه الحالات هى :

(أ) إذا أصبح تنفيذ الالتزام غير ممكن أو غيـر مجـد بفعـل المدين :

من الطبيعى ألا يكون ثمة داع للإعذار إذا أصبح تنفيذ الالتزام مستحيلا بفعل المدين نفسه . فيعد المدين فى هذه الحالة مسئولا عن نتائج عدم التنفيذ دون حاجة للإعذار .

ذلك أن الإعذار دعوة إلى المدين بالتنفيذ ، وقد أصبح التنفيذ مستحيلا بفعله . أما إذا أصبح التنفيذ مستحيلا بسبب أجنبي عن المدين فإن الالتزام ينتقضى بقوة القانون ، ولا يكون المدين مسئولا عن أى تعويض . ومن أمثلة الاستحالة بفعل المدين أن يترك محام ميعاد الاستئناف ينقضى دون رفعه ، وأن يبيع البائع العقار مرة أخرى إلى مشتر ثان يسارع بالتسجيل فيصبح تنفيذ التزامه بنقل الملكية إلى المشترى الأول غير ممكن التنفيذ بفعله ، أو أن يبيع البائع المنقول إلى مشتر ثان يحوزه بحسن نية فيتملكه طبقا لقاعدة الحيازة فى المنقول سند الملكية – ومن ذلك أيضا أن يكون الالتزام محله امتناعا عن عمل ووقعت المخالفة من المدين بأن أتى بالعمل الممنوع ، فلا فائدة من الإعذار فى هذا الفرض إذا أصبح التنفيذ العينى غير ممكن بفعل المدين . فلو أقام شخص بناء خروجا على التزامه بعدم البناء ، فلا حاجة بالدائن إلى إعذاره لمطالبته بالتعويض. ويلاحظ أن التعويض هنا مستحق عن عدم التنفيذ لا عن مجرد التأخير .

وكذلك لا ضرورة للإعذار إذا أصبح تنفيذ الالتزام غير مجد بفعل المدين ، كما إذا كان الالتزام واجب التنفيذ فى فترة معينة وتركها المدين تمر بدون تنفيذ لا لتزامه .

كما إذا تعهد مقاول بإقامة بناء للعرض فى معرض ، ولم يتم المقاول البناء إلى أن افتتح المعرض ، فلا فائدة من إرسال إعذار له . وكما لو اتفق مع فنان على إحياء حفلة وفات ميعادها .

ومن هذا القبيل أيضا أن نكون بصدد عقد من العقود المستمرة (الزمنية) ، فإن عدم قيام المدين بتنفيذ التزامه لفترة ماضية يوجب عليه التعويض بدون حاجة إلى إعذار ، ذلك أن الإخلال قد وقع فى الماضى ولا يمكن العودة إلى التنفيذ فى الماضى . ومثاله أن تمتنع شركة كهرباء أو مياه عن توريدها لفترة معينة إلى المشتركين. والواقع أن عدم التنفيذ فى العقود الزمنية لا يعد تأخرا فى التنفيذ بل هو عدم تنفيذ جزئى للعقد . والتعويض المستحق هو تعويض عن عدم التنفيذ لا عن التأخير فيه[1] .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" وعلى هذا النحو لا يكون ثمة محل للإعذار فى الأحوال الآتية :

(أ) إذا أصبح تنفيذ الالتزام مستحيلا بفعل المدين . ويراعى أن استحالة التنفيذ ، من جراء سبب أجنبى ، تستتبع انقضاء الالتزام ، وسقوط المسئولية فتنتفى بذلك علة الإعذار .

أما إذا كان محل الالتزام امتناعا عن عمل فمجرد الإخلال بالتعهد يجعل الإعذار عديم الجدوى " [2].

---

(١) عبد المنعم البدراوى ص ٥٨ – عبد المنعم الصده ص ١٧ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٢ ص ٥٦٠ .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " لا ضرورة للإعذار إذا أصبح تنفيذ الالتزام غير ممكن وغير مجد بفعل المدين ، وإذ كان يبين من الحكم المطعون فيه أنه اعتبر الأخطاء الفنية التى وقع فيها المقاول مما لا يمكن تداركه فإن مفاد ذلك أن الالتزام المترتب على عقد المقاولة قد أصبح غير ممكن تنفيذه ، ومن ثم فإن الحكم المطعون فيه إذ قضى بفسخ العقد وبالتعويض دون سبق إعذار المدين بالتنفيذ العينى لا يكون قد خالف القانون ".

(طعن رقم ٤٣١ لسنة ٣١ ق جلسة ١٩٦٦/٤/٥)

٢- " متى كان الحكم قد انتهى إلى إخلال الطاعن- رب العمل فى عقد المقاولة- بالتزامه من جراء تأخره فى الحصول على رخصة البناء فى الوقت المناسب، فإن إعذاره لا يكون واجبا على الدائن بعد فوات هذا الوقت ، إذ لا ضرورة للإعذار بنص المادة ٢٢٠ من القانون المدنى إذا أصبح تنفيذ الالتزام غير مجد بفعل المدين . وإذ كان الحكم قد قضى بالتعويض المستحق للمطعون عليه دون أن يرد على ما تمسك به الطاعن فى دفاعه من ضرورة إعذاره فى هذه الحالة، فإنه لا يكون مشوبا بالقصور ".

(طعن رقم ٢٤٣ لسنة ٣٧ ق جلسة ١٩٧٢/٦/١)

٣- " طبقا لنص المادة ٢٢٠ من القانون المدنى لا ضرورة لإعذار المدين إذا أصبح تنفيذ الالتزام غير ممكن أو غير مجد بفعل المدين ، لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد أورد بمدوناته بأن مسئولية المصرف الطاعن قد تحققت ووقع الضرر بعدم صرف الشيك عند تقديمه للبنك ومن ثم فلا جدوى فى الإعذار فإن الحكم لا يكون بذلك قد خالف القانون ويكون النعى عليه بهذا السبب على غير أساس " .

(طعن رقم ١٨٩٤ لسنة ٤٩ ق جلسة ١٩٨٤/٣/٢٠)

(ب) - إذا كان محل الالتزام تعويضا ترتب على عمل غير مشروع :

تثير عبارة المادة (٢٢٠ب) المتعلقة بعدم ضرورة الإعذار " إذا كان محل الالتزام تعويضا ترتب على عمل غير مشروع " خلافا فى الفقه على المعنى المقصود منها .

فيفسرها البعض بأن المقصود بها الالتزام الأصلى الذى يعد الإخلال به عملا غير مشروع يستوجب التعويض ، وهو الالتزام بعدم الإضرار بالغير كما تقول مذكرة المشروع التمهيدى من أنه:

" إذا كان ما ينبغى الوفاء به تعويضا عن عمل غير مشروع ، ذلك أن هذا التعويض يترتب على الإخلال بالالتزام بعدم الإضرار بالغير ، دون سبب مشروع ، وهو التزام بامتناع عن عمل مقرر

بنص القانون"[١] . ويقولون إن هذا الالتزام التزام سلبى يؤدى الإخلال به إلى جعل تنفيذه غير ممكن ، وبالتالى إلى جعل الإعذار فيما يتعلق به غير ضرورى كما فى الحالة السابقة المنصوص عليها فى المادة ٢٢٠(أ) وتطبيقا لهذا النص الآخر ذاته ، أى أن هذا الرأى يذهب إلى اعتبار أن هذه الحالة الثانية ليست فى الواقع إلا تطبيقا من تطبيقات الحالة الأولى .

ويرى **البعض الآخر** أن الالتزام الذى نص المشرع فى المادة ٢٢٠ (ب) على إعفاء الدائن به من ضرورة القيام بإعذار المدين ليس هو الالتزام باتخاذ الحيطة منعا للإضرار بالغير ، بل الالتزام بتعويض الضرر الناتج عن العمل غير المشروع أى عن الإخلال بالالتزام السابق ، ويقولون إنه من المتصور أن يعذر الدائن المدين بهذا التعويض للوفاء به ، وأن نص المادة ٢٢٠ (ب) إنما قصد به إعفاء الدائن من ذلك ، فتترتب فى ذمة مرتكب العمل غير المشروع من وقت ارتكابه – فيما يتعلق بالتزامه بالتعويض– جميع آثار الإعذار ، دون حاجة فى ذلك إل أن يعذره المضرور أى الدائن بالتعويض ، ويعللون ذلك بأنه لما كان المدين مقصرا من يوم نشوء التزامه ، فقد رأى القانون فى ذلك سببا كافيا لإعفاء الدائن من ضرورة إعذاره المدين .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٢ ص٥٦٠ – أيضا السنهورى ص ٧٨٣ .

والفرق بين الرأيين أن الثانى يعفى المضرور من ضرورة إعذار الفاعل للوفاء بالتعويض وبالتالى يسمح له بطلب فوائد تأخير على مبلغ التعويض الذى يمثل قيمة الضرر وقت وقوع العمل غير المشروع ابتداء من تاريخ وقوعه ودون توقف على حصول الإنذار أو المطالبة القضائية . أما الأول فيجعل الإعفاء من الإعذار متعلقا فقط بالالتزام الأصلى الذى اعتبر العمل غير المشروع إخلالا به دون الالتزام بالتعويض الذى نشأ من هذا العمل ، وبالتالى فهو لايسمح للمضرور بطلب فوائد تأخير عن مبلغ التعويض إلا وفقا للقواعد العامة ، أى من تاريخ المطالب القضائية بهذه الفوائد .

والرأى الأخير هو الذى يتفق مع مدلول عبارة النص ، وبذلك يكون المشرع وقد أعفى المضرور من ضرورة الإعذار ، نظر فى ذلك إلى أن مرتكب العمل غير المشروع لايستحق الرعاية التى حاط بها المدين العادى فسوى بينه وبين حالة من يحوز شيئا مسروقا وهو يعلم بسرقته وحالة من تسلم شيئا دون حق وهو عالم بذلك المنصوص عليها فى الفقرة (ج) من المادة ٢٢٠ . وهذا الإعفاء من الإعذار ليس ما تقضى به طبيعة الأشياء كما فى الحالة السابقة وأنه ما كان يمكن الأخذ به دون نص المشرع عليه [١].

---

(١) سليمان مرقس ص ٧٢ ومابعدها – عبد المنعم الصده ص ١٨ – نبيل سعد ص ٤٨ ومابعدها – عبد المنعم البدراوى ص ٥٩ ومابعدها .

(ج) إذا كان محل الالتزام رد شئ يعلم المدين أنه مسروق أو شئ تسلمه دون حق وهو عالم بذلك :

وقد قصد المشرع من ذلك حرمان المدين سئ النية من ضمانة الإعذار .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" ... وأخيرا نص المشروع أيضا على التجاوز عن ضـــرورة الإعذار ، إذا كان محل الالتزام رد شئ يعلم المدين أنه مســـروق ، أو شئ تسلمه بغير حق عن بينة منه .

وقد قصد من ذلك إلىحرمان سئ النية من ضمانة الإعذار "[١].

(د) إذا صرح المدين كتابة أنه لا يريد القيام بالتزامه :

الإعذار هو دعوة للمدين لتنفيذ التزامه ، ولذلك إذا بادر المدين وصرح كتابة أنه لايريد القيام بالتزامه ، فإن الإعذار فى هذه الحالة يكون لغوا ، لا جدوى منه ، وليس من المقبول أن يحمـــل ســـكوت الدائن على محمل التسامح بعد تصريح المدين بعدم عزمـــه علـــى تنفيذ الالتزام .

ويشترط النص أن يكون التصريح كتابة فلا يكفـــى التصـــريح أمام شهود والكتابة هنا للإثبات . فلو أقر المدين أنه قد صرح بعدم

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٢ ص ٥٦٠ ومابعدها .

إرادته القيام بالتزامه أو نكل عن اليمين التى وجهت إليه فى ذلك لكان ذلك كافيا فى إثبات التصريح المطلوب [١].

على أنه يجب أن يلاحظ أن الكتابة فى هذه الحالة لايقتصر دورها على مجرد إثبات واقعة التصريح ، بل لقد قصد بها أيضا إثبات جديته . فقد يندفع المدين فى ظرف من الظروف إلى التصريح شفويا بأنه لن ينفذ التزامه دون أن تكون لهذا التصريح جدية كافية بل قد يكون واضحا من الظروف أنه لا يتضمن إصرارا حقيقيا على عدم التنفيذ . ولذلك لا يكفى أن يقر المدين بواقعة التصريح ، بل يجب أن يقر بأن الظروف التى وقع فيها كانت تدل على جديته ، كما يجب أن تصاغ اليمين الموجهة إلى المدين صياغة تبرز توافر الجدية فى تصريحه الشفوى [٢].

ويلاحظ أن أثر تصريح المدين كتابة بعزمه على عدم تنفيذ التزامه لاينسحب على الفترة السابقة على هذا التصريح . فإذا كان المدين متأخرا فى التنفيذ وقت هذا التصريح ، ولم يكن الدائن قد أعذره ، فإنه يكون غير معذر طوال الفترة السابقة ولا يصير معذرا إلا ابتداء من تاريخ هذا التصريح . فإذا عدل عن عزمه بعد

---

(١) السنهورى ص ٧٨٤ – اسماعيل غانم ص ١٠١ – سليمان مرقس ص٧٤ .

(٢) اسماعيل غانم ص ١٠١– سليمان مرقس ص ٧٤ .

ذلك ونفذ التزامه ، لم يكن مسئولا إلا عن التأخير التالى للتصريح، ولا مسئولية عليه فيما قبل ذلك [١].

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" متى كان الطاعن قد أعلن المطعون ضده باعتبار العقد مفسوخا من جهته ، وكان الحكم المطعون فيه قد رتب على هذا الإعلان أن المطعون ضده لم يكن بحاجة إلى إعذار الطاعن قبل المطالبة بالتعويض باعتبار أن الطاعن قد صرح بهذا الإعلان أنه لايريد القيام بالتزامه ، فإن الحكم يكون قد التزم صحيح القانون ".

(طعن رقم ٢٢٢ لسنة ٣٣ ق جلسة ١٩٦٧/٢/١٤)

٢٥٢ـ الاستثناءات المقررة بنصوص خاصة :

من أمثلة هذه الاستثناءات ما يأتى :

١- ما تنص عليه المادة ٢٢٦ مدنى من أن " إذا كان محل الالتزام مبلغا من النقود وكان معلوم المقدار وقت الطلب وتأخر

---

(١) ولم تستلزم محكمة النقض – فى ظل القانون القديم- بأنه يكون تصريح المدين بأنه لا يريد القيام بالتزامه كتابيا . إذ ذهبت إلى أن : " إن القانون لايتطلب إعذار الملتزم متى كان قد أعلن إصراره على عدم الوفاء . واستخلاص هذا الإصرار من الدليل المقدم لإثبات حصوله هو مسألة موضوعية لا سلطان فيها لمحكمة النقض على محكمة الموضوع" .

(طعن رقم ٢٥ لسنة ١٦ ق جلسة ١٩٤٧/٥/١٥)

المدين فى الوفاء به ، كان ملزما بأن يدفع للدائن على سبيل التعويض عن التأخير فوائد قدرها أربعة فى المائة فى المسائل المدنية وخمسة فى المائة فى المسائل التجارية . **وتسرى هذه الفوائد من تاريخ المطالبة القضائية بها** ، إن لم يحدد الاتفاق أو العرف التجارى تاريخا آخر لسريانها ، وهذا كله ما لم ينص القانون على غيره " فهذا النص بعد استثناء من القاعدة العامة فى استحقاق التعويض من وقت الإعذار .

فالنص حدد الطريقة التى يتم بها إعذار المدين فيما يتعلق على الأقل بأحد آثار الإعذار وهو الخاص بسريان فوائد التأخير ، ففرض أن يكون ذلك بالمطالبة القضائية بالفوائد المذكورة .

٢-ما تنص عليه المادة ١٩٥ مدنى الواردة فى الفضالة من أنه : " يعتبر الفضولى نائبا عن رب العمل ، متى كان قد بذل فى إدارته عناية الشخص العادى . ولو لم تتحقق النتيجة المرجوة . وفى هذه الحالة يكون رب العمل ملزما بأن ينفذ التعهدات التى عقدها الفضولى لحسابه ، وأن يعوضه عن التعهدات التى التزم بها ، وأن يرد له النفقات الضرورية والنافعة التى سوغتها الظروف مضافا إليها فوائدها من يوم دفعها ، وأن يعوضه عن الضرر الذى لحقه بسبب قيامه بالعمل ، ولايستحق الفضولى أجرا على عمله إلا أن يكون من أعمال مهنته ".

فقد جعل النص فوائد التأخير تسرى على المبالغ التى يستحق الفضولى ردها إليه مقابل ما أنفقه فى مصلحة رب العمل من وقت إنفاقه إياها أى من وقت نشوء الالتزام بها فى ذمة رب العمل لا من وقت إعذاره الأخير بدفعها أو من وقت مطالبته قضائيا بدفع فوائد عنها .

٣- ما تنص عليه الفقرة الأولى من المادة ٤٥٨ مدنى من أنه "لاحق للبائع فى الفوائد القانونية عن الثمن إلا إذا أعذر المشترى أو إذا سلم الشئ المبيع وكان الشئ قابلا أن ينتج ثمرات أو إيرادات أخرى ، هذا ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغيره ".

٤- ما تنص عليه الفقرة الثانية من المادة ٧٠٦ مدنى الواردة فى باب الوكالة من أنه : " وعليه (الوكيل) فوائد المبالغ التى استخدمها لصالحه (الموكل) من وقت استحقاقها ، وعليه أيضا فوائد ما تبقى فى ذمته من حساب الوكالة من وقت أن يعذر ".

وكذا المادة ٧١٠ مدنى التى تنص علي أن : " على الموكل أن يرد للوكيل ما أنفقه فى تنفيذ الوكالة التنفيذ المعتاد مع الفوائد من وقت الإنفاق وذلك مهما كان حظ الوكيل من النجاح فى تنفيذ الوكالة . فإذا اقتضى تنفيذ الوكالة أن يقدم الموكل للوكيل مبالغ للإنفاق منها فى شئون الوكالة ، وجب على الموكل أن يقدم هذه المبالغ إذا طلب الوكيل ذلك ".

مادة (٢٢١)

١- إذا لم يكن التعويض مقدرا فى العقد أو بنص فى القانون فالقاضى هو الذى يقدره ، ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب ، بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو للتأخر فى الوفاء به ، ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن فى استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول .

٢- ومع ذلك إذا كان الالتزام مصدره العقد ، فلا يلتزم المدين الذى لم يرتكب غشا أو خطأ جسيما إلا بتعويض الضرر الذى كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد .

الشرح

٢٥٣ـ طرق تقدير التعويض :

يجرى تقدير التعويض بأحد طرق ثلاثة :

١- أن يقوم القاضى بتقدير التعويض ، وهذا هو التعويض القضائى ، وهو الأصل .

٢- أن يتم تقدير التعويض مقدما باتفاق الطرفين ، وهذا هو التعويض الاتفاقى أو الشرط الجزائى .

٣- أن يكون تقدير التعويض عن طريق القانون نفسه ، كما هو الحال فى تحديد سعر الفائدة عن التأخير ، وهذا هو التعويض القانونى .

ونعرض هنا للطريقة الأولى من طرق تقدير التعويض وهو التعويض القضائي ونتناول هنا ما لم يسبق التعرض له .

٢٥٤ـ مشتملات التعويض :

تنص الفقرة الأولى من المادة على أنه : " إذا لم يكن التعويض مقدرا في العقد أو بنص في القانون ، فالقاضي هو الذي يقدره . ويشمل التعويض ما **لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب** ...... **الخ** " .

وواضح من النص أن للتعويض عنصرين : ما أصاب الدائن من الخسارة وما ضاع عليه من الكسب . فالقاضي إذن في تقديره للتعويض– سواء كان التعويض عن عدم التنفيذ أم عن التأخر في التنفيذ – يدخل في حسابه هذين العنصرين . فيقدر أولا ما أصاب الدائن من ضرر بسبب عدم تنفيذ المدين لالتزامه أو بسبب تأخره في هذا التنفيذ ثم يقدر بعد ذلك ما فات الدائن من كسب . ومجموع هذين هو التعويض ، وإذا لم يوجد سوى عنصر واحد فإن التعويض يقتصر عليه . فلو أن شخصا أتلف مالا لغيره قيمته خمسمائة جنيه ، وكان صاحب " " في سبيل بيعه يربح مائة جنيه ، فإن التعويض يشمل الخمسمائة وهي مقدار الخسارة التي لحقته ، كما يشمل المائة وهي مقدار الكسب الذي فاته(١) .

---

(٢) عبد المنعم الصده في مصادر الالتزام ص ٥٢١ .

والمدين الذى لايسلم بضاعة تعهد بتسليمها للدائن يدفع تعويضا عما أصاب الدائن من خسارة ، وهى قيمة البضاعة ، وعما فات الدائن من ربح إذا ضاعت عليه صفقة رابحة كان يعقدها لو قام المدين بتنفيذ التزامه ، والممثل الذى لم يقم بتنفيذ التزامه بالتمثيل فى مسرح معين فى ليلة معينة يلتزم بتعويض صاحب المسرح عما لحقه من خسارة بسبب ما أنفق من مصاريف ، وعما ضاع عليه من ربح يتمثل فى الدخل المنتظر فى هذه الليلة [(١)].

وإثبات هذين العنصرين يقع على عاتق الدائن .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- (أ)- " متى كان الحكم إذ قضى بتعويض الطاعنة قد أدمج مقابل ما فاتها من منفعة الأرض المؤجرة لها من المطعون عليه الثانى بسبب ما حصل لها من التعرض ضمن عناصر التعويض المقضى به على المطعون عليها الأولى التى ثبت حصول التعرض من تابعيها فإنه لا يكون قد خالف القانون " .

(ب)- " لا تثريب على محكمة الموضوع إن هى قصرت تعويض الطاعنة عن فوات منفعتها بالأرض المؤجرة على الأجرة

---

(١) السنهورى جـ٢ ص ٧٨٨ ومابعدها – عبد المنعم الصده فى أحكام الالتزام ص ٣٦ .

فى المدة التى استمر فيها التعرض دون الأجرة المستحقة عن سنى الإجارة كاملة إذ هى لم تجاوز سلطتها الموضوعية فى تقدير مدى الضرر " .

(طعن رقم ١٥٢ لسنة ١٩ ق جلسة ١٩٥١/٤/١٩)

٢- " مسئولية الناقل تتمثل فى أن يسلم البضاعة إلى المرسل إليه فى ميناء الوصول طبقا للبيان الوارد بشأنها فى سند الشحن ، وأن يلزم بتعويض المرسل إليه عما لحقه من خسارة وما فاته من كسب طبقا لما يتوقعه الشخص المعتاد ".

(طعن رقم ٤٥ لسنة ٣٦ ق جلسة ١٩٧٠/٣/٣١)

٣- " لما كان التعويض فى المسئولية التقصيرية يشمل كل ضررر مباشر ، متوقعا كان هذا الضرر ، أو غير متوقع ، ويقوم الضرر المباشر وفقا للمادة ١/٢٢١ من القانون المدنى على **عنصرين أساسيين هما الخسارة التى لحقت المضرور والكسب الذى فاته** . وكان الحكم المطعون فيه قد اقتصر فى تقدير التعويض على قيمة البضاعة حسب فواتير الشراء ، مغفلا فى تقديره عنصرا أساسيا من عناصر الضرر المباشر هو ما عساه أن يكون قد فات الوزارة الطاعنة من كسب ، فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ فى تطبيقه " .

(طعن رقم ٤٢٣ لسنة ٣٩ ق جلسة ١٩٧٤/١١/١١)

٤- " لما كانت مسئولية أمين النقل - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - مسئولية تعاقدية ناتجة عن إخلاله بواجبه فى تنفيذ عقد النقل ، ومن ثم يلزم ، طبقا لنص المادة ٢٢١ من القانون المدنى بتعويض الشاحن عما لحقه من خسارة وما فاته من كسب ما لم يتفق على إعفائه من المسئولية أو تخفيفها وفقا لنص المادة ٢١٧ من القانون المشار إليه " .

(طعن رقم ٧٣٥ لسنة ٤٣ ق جلسة ١٩٧٧/١٢/١٩)

٥- " المقرر - فى قضاء محكمة النقض - أن طلب التنفيذ العينى وطلب التنفيذ بطريق التعويض قسيمان متكافآن قدرا ومتحدان موضوعا ...... فإذا كان الدائن قد طلب رد المال عينا وثبت للقاضى أن ذلك غير ممكن أو فيه إرهاق للمدين ، فلا عليه إن حكم بتعويض يراعى فى مقداره قيمة المال وقت الحكم وما **لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب** دون أن يعد ذلك منه قضاء بما لم يطلبه الخصوم " .

(طعن رقم ١٢٢٨ لسنة ٦٧ ق " هيئة عامة " جلسة ٢٠٠١/٦/٢٤)

أما إذا لم يصب الدائن بضرر ولم يفته كسب من جراء عدم قيام المدين بالتزامه أومن جراء تأخره فى ذلك. فإنه لا يستحق ثمة تعويض كما إذا لم يقم محام بالتزامه نحو موكله من التقدم باسمه

فى قائمة توزيع أو من قيد رهن لمصلحته، وتبين أنّ تخلف المحامى عن القيام بالتزامه لم يلحق بالموكل ضررا ولم يفوت عليه نفعا ، إذ أنه لو كان قد تقدم باسمه فى قائمة التوزيع لما أصاب الموكل شئ من المبلغ الموزع ، ولو أنه كان قيد الرهن لمصلحته لما كان هذا القيد منتجا لأن العقار مثقل برهون سابقة مستغرقة(١).

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " إذا كان الثابت فى الحكم المطعون فيه أن الضرر الذى يشكو منه طالب التعويض ويدعى لحوقه به من جراء تنفيذ مشروع للرى (مشروع الرى الصيفى لأطيان مركز إدفو) كان مؤقتا ثم زال سببه ، وأن المدعى سيفيد من المشروع المذكور فى المستقبل فائدة عظمى تعوض عليه الضرر حتما فى زمن وجيز ثم تبقى له على مر الزمن ، وبناء على ما استخلصته المحكمة من ذلك قضت بأنه ليس هناك محل للتعويض ، فإنها لا تكون قد أخطأت ".

(طعن رقم ١٠١ لسنة ١٣ ق جلسة ١٩٤٤/٥/٤)

٢- " بطلان الإجراء لايستتبع حتما المساءلة بالتعويض إلا إذا ترتب عليه لمن وقعت المخالفة فى حقه ضرر بالمعنى المفهوم فى المسئولية التقصيرية ومن ثم لا يكفى توافر الضرر فى معنى المادة

---

(١) السنهورى ص ٧٨٩ .

٢/٢٥ من قانون المرافعات الذى يتمخض فى ثبوت تخلف الغاية من الإجراء الجوهرى الذى نص عليه المشرع إذ أن الضرر بهذا المعنى شرط لترتيب بطلان الإجراء وعدم الاعتداد به وليس للحكم بالتعويض ".

(طعن رقم ٢٧ لسنة ٣١ ق جلسة ١٩٦٥/١١/١٦)

٢٥٥ـ اقتصار التعويض على الضرر المباشر :

تنص الفقرة الأولى من المادة على أنه : " .. ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاته كسب ، بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو للتأخر فى الوفاء ، ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن فى استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول .

فالضرر الذى يلتزم المدين بالتعويض عنه هو ذلك الضرر الذى يعتبر نتيجة مباشرة لعدم الوفاء أو التأخر فيه ، وهو ما يطلق عليه الضرر المباشر . أما الضرر غير المباشر فلا يلزم المدين بتعويضه . وعرفت المادة الضرر المباشر بأنه الضرر الذى يكون نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو للتأخر فى الوفاء ، ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن فى استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول .

وبناء على ذلك ، فإن ترك الدائن الأضرار تتلاحق واحد في إثر آخر ، رغم أنه كان يستطيع تلافيها ببذل جهد معقول ، يعتبر هذا خطأ من جانبه يقع عليه نتائجه ولايسأل عنها المدين [١].

وتفصيل ذلك أن الأضرار قد تتعاقب على عدم التنفيذ أو التأخر فيه، أو بعبارة أخرى أن نتائج عدم التنفيذ أو التأخر فيه قد تتسلسل. كما لو نجم عن الضرر الذى ترتب على عدم التنفيذ أو التأخر فيه ضرر ثان ، وقد يؤدى هذا الأخير إلى حدوث ضرر ثالث وهكذا ، الأمر الذى يستلزم تحديد ما يسأل عنه المدين من هذه الأضرار .

والمبدأ العام فى المسئولية المدنية بنوعيها ، هو قصر التعويض على الأضرار المباشرة دون الأضرار غير المباشرة .

ومن الأمثلة على ذلك ما يأتى :

١- تاجر المواشى الذى يبيع بقرة موبوءة ، فتعدى مواشى المشترى ، وتموت هى ويموت معها سائر مواشيه ، فلا يتمكن المشترى من زراعة أرضه ، فيعوزه المال ، فلا يستطيع الوفاء بديونه ، فيحجز الدائنون على أرضه وتباع بثمن بخس . هذه جميعا أضرار متعاقبة جر بعضها البعض . ويرى العلامة بوبتييه أن الأضرار المباشرة التى يجب التعويض عنها هى موت البقرة

---

(١) نبيل إبراهيم سعد ص ٦٠ .

الموبوءة وعدوى المواشى وموتها . أما باقى النتائج فهى أضــرار غير مباشرة لا محل للتعويض عنها [١].

٢- أن تتعهد هيئة السكك الحديدية بنقــل آلات رى فيصــيبها التلف فى أثناء النقل ، فبتعذر الانتفاع ببئر ارتوازية كانــت هــذه الآلات معدة لاستخراج الماء منها فتتلف زراعة صاحب البئر ، كما قد يتعذر عليه أن يروى لأصحاب الأراضى المجاورة- بناء علــى تعهد منه - فطالبوه بالتعويض ، كما لم ينتفع أيضا بالأرض التــى حفر البئر فيها وبالأرض التى أعدها لهذه الآلات . فإن الناقل فــى هذه الحالة لا يسأل إلا عن التلف الذى أصاب الآلات . فهذا التلف هو الضرر المباشر الذى يجب تعويضه . أما باقى النتــائج فهــى أضرار غير مباشرة ، إذ كان صاحب الأرض يستطيع أن يتفاداها بالالتجاء إلى طرق أخرى للرى [٢].

فإذا تسلسلت النتائج والأضرار على هذا النحو ، فلا بــد مــن الوقوف عند حد معين يسأل عنه المدين . هذا الحد هو المصــطلح عليه عادة بالضرر المباشر . وهو فى نظر القانون الذى يعد نتيجة طبيعية لعدم الوفاء أو للتأخر فيه ، وهو يكون كذلك إذا لم يكن فــى

---

(١) عبد المنعم البدراوى ص ٦٧ ومابعدها .
(٢) محكمة الاستئناف الوطنية فى ٢٢ أكتوبر ١٩١٤ .

استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد[١] معقول ، لأن السير الطبيعى للأمور يقضى بأن يقوم الدائن ببذل جهد معقـول ليتقـى تعاقـب الأضرار ، وليس معقولا أن يترك الأمور تنتقل من سئ إلى أسـوأ لمجرد أن مدينه قد أخل بالتزامه. وبناء على هذا ، فإن ترك الدائن للأضرار تتلاحق واحدا فى إثر آخر ، رغم أنه كان يستطيع تلافيها ببذل جهد معقول يعتبر فعلا خطأ من ناحيته يقع عليه هـو نتائجـه ولايسأل عنها المدين . ويمكن تبرير هذا الحكم من ناحيـة أخـرى بأن الأضرار التى تكون نتيجة طبيعية لخطأ المدين التى تثبت كـل الثبوت صلتها بعدم تنفيذ الالتزام ، هى وحدها التـى تحـتفظ مـن الناحية القانونية بعلاقة السببية بينها وبين الخطأ . أما غيرها مـن الأضرار، وهى الأضرار غير المباشرة التى لا تكون نتيجة طبيعية للخطأ أو التى لا يثبت كل الثبوت اتصالها بـه ، فتنقطـع علاقـة السببية بينها وبين الخطأ . ولا يكون المدعى عليه مسئولا عنها [٢].

وهذه القاعدة تعتبر تطبيقا للقاعدة المنصوص عليها فى المـادة ٢١٦ مدنى التى تقول : " ويجـوز للقاضـى أن يـنقص مقـدار التعويض أو ألا يحكم بتعويض ما إذا كان الدائن بخطئه قد اشـترك فى إحداث الضرر أو زاد فيه " . فالدائن بإهماله فى بـذل الجهـد

---

(١) اسماعيل غانم ص ٨٩ ومابعدها.

(٢) عبد المنعم البدراوى ص ٦٨ ومابعدها – نبيل إبراهيم سعد ص ٦٠ .

المعقول يكون قد تسبب فى إحداث الضرر غير المباشر فلا يستحق عنه تعويضا[١].

ويلاحظ فى النهاية أن قصر التعويض على الأضرار المباشرة دون الأضرار غير المباشرة على النحو المتقدم ، هو مبدأ عام فى نوعى المسئولية : أى سواء كانت مسئولية عقدية أم مسئولية تقصيرية .

وتكييف الضرر بأنه مباشر مسألة قانونية إذ يتوقف عليه قيام ركن من أركان المسئولية واستحقاق التعويض عن الضرر أو عدمه[٢].

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" ... وقد عنى المشروع بتحديد دلالة عبارة " النتيجة الطبيعية " تحديدا وافيا ، فنص فى المادة ٢٩٩ على أنها تنصرف إلى " الضرر الذى لم يكن فى استطاعة الدائن أن يتوقاه " . وقد تقدم عند تفصيل أحكام الخطأ المشترك أن الدائن يقاسم مدينه تبعة الخطأ ، ويتحمل المسئولية عن شق من الضرر إذا امتنع عن دفع هذا الشق، متى كان فى استطاعته أن يفعل ذلك ، ببذل قسط معقول من الحيطة ، ومؤدى هذا أن نصيب المدين من تبعة الضرر ينحصر

---

(١) عبد المنعم الصده ص ٣٨ .

(٢) سليمان مرقس ص ١٣١- اسماعيل غانم ص ٨٧ .

فيما لا يكون للدائن قبل بتوقيه ، على الوجه الذى تقدمت الإشـــارة إليه ، وهذا هو المقصود بالنتيجة الطبيعية لتخلف المدين عن الوفاء بالالتزام " [١].

وقد قضت محكمة النقض بــأن :

١- " إذا كان يبين من الحكم الابتدائى المؤيد بالحكم المطعـــون فيه أنه وهو بسبيل تقدير ما يستحقه المطعون ضده من تعـــويض، اتبع المعايير التى تتطلبها المسئولية العقدية ، وكان تقدير التعويض على هذا الأساس أخف منه على أساس المسئولية التقصيرية ذلـــك أنه طبقا لنص المادة ٢٢١ من القانون المدنى يقتصر التعويض فى المسئولية العقدية على الضرر المباشر متوقع الحصول أمـــا فـــى المسئولية التقصيرية فيكون التعويض عن أى ضرر مباشر ســـواء كان متوقعا أو غير متوقع . وكان الطاعن لم يبين وجه تضرره من خطأ الحكم فى تقدير التعويض الذى ألزمه به على أساس المسئولية العقدية دون التقصيرية فإن هذا النعى – بفرض صـــحته – يكـــون غير منتج إذ لا يتحقق به للطاعن إلا مصلحة نظرية بحتة لاتصلح أساسا للطعن " .

(طعن رقم ١٢٣ لسنة ٣٠ ق جلسة ١٩٦٥/١١/١١)

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـــ٢ ص ٥٦٥ .

٢- " البين من نصوص المواد ١٧٠، ٢٢١ ، ٢٢٢ من القانون المدنى – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة- أن الأصل فى المساءلة المدنية أن التعويض عموماً يقدر بمقدار الضرر المباشر الذى أحدثه الخطأ ، ويستوى فى ذلك الضرر المادى والضرر الأدبى على أن يراعى القاضى فى تقدير التعويض الظروف الملابسة للمضرور ، وتقدير الضرر ومراعاة الظروف الملابسة عند تقدير التعويض الجابر له مسألة موضوعية تستقل بها محكمة الموضوع وحسبها أن تقيم قضاءها على أسباب سائغة تكفى لحمله".

(طعن رقم ٩٣٤ لسنة ٤٩ ق جلسة ١٩٨٣/١/١٢)

٣- " المدين فى المسئولية العقدية يلزم طبقاً لنص المادة ٢٢١/١، ٢ من القانون بتعويض الضرر المباشر الذى يمكن توقعه عادة وقت التعاقد ويشمل تعويض الضرر ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب وهذا الضرر الموجب للتعويض هو ما كان محققاً بأن يكون قد وقع بالفعل أو أن يكون وقوعه فى المستقبل حتمياً ، وكان يبين من الحكم المطعون فيه أنه وهو بسبيل تقدير ما يستحقه المطعون عليه من تعويض اتبع المعايير المترتبة على إخلال المدين بالتزاماته التعاقدية فقضى للمطعون عليه بالتعويض عن الأضرار المادية والمعنوية المباشرة التى لحقت به والتى كانت متوقعة وقت تعاقده معه واستبعد التعويض عن الأضرار غير

المباشرة والتى لا محل لمساعلة الطاعنة عنها بعد أن استبعد الحكم وقوع غش أو خطأ جسيم منها فى تنفيذ العقد المبرم بينهما ومن ثم يكون الحكم المطعون فيه قد التزم صحيح القانون فى استخلاص الضرر ".

(طعن رقم ١٥٥٦ لسنة ٥٦ ق جلسة ١٩٨٩/٣/٢٦)

٤- " إذ كان المدين فى المسئولية العقدية يلزم طبقاً لنص المادة ٢٢١ من القانون المدنى بتعويض الضرر المباشر الذى يمكن توقعه عادة ، وقت التعاقد ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب وهذا الضرر الموجب للتعويض هو ما كان محققاً بأن يكون قد وقع بالفعل أو أن يكون وقوعه فى المستقبل حتماً ".

(طعن رقم ١٣٨٥ لسنة ٦٠ ق جلسة ١٩٤٤/١٢/٤)

٢٥٦ـ التزام المدين فى المسئولية العقدية بتعويض الضرر المتوقع :

تنص الفقرة الثانية من المادة (٢٢١) على أنه : " ومع ذلك إذا كان الالتزام مصدره العقد ، فلا يلتزم المدين الذى لم يرتكب غشا أو خطأ جسيما إلا بتعويض الضرر الذى **كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد** ".

فإذا كان الالتزام مصدره العقد ، أى كانت المسئولية عقدية، فلا يلتزم المدين الذى لم يرتكب غشا أو خطأ جسيما إلا بتعويض الضرر المتوقع عادة وقت التعاقد وهو ما عبر عنه النص بقوله : " **إلا بتعويض الضرر الذى كان يمكن توقعه عادة وقت العقد** " .

وهذا النص يضع قيدا على وجوب أن يكون التعويض جابرا لكل ضرر أصاب الدائن وهو قيد خاص بالمسئولية العقدية وحدها.

والضرر المتوقع هو الذى كان يمكن توقعه عادة وقت إبرام العقد . فإن لم يكن متوقعا فى ذلك الوقت ثم صار متوقعا بعد ذلك، ظل هذا الضرر غير متوقع ، ولايجوز التعويض عنه فى المسئولية العقدية .

ولا يشترط أن يكون مقدار الضرر متوقعا على وجه الدقة ، بل يكفى أن يكون باستطاعة المدين توقعه على وجه تقريبى .

٢٥٧ـ تبرير قصر التعويض فى المسئولية العقدية على الضرر المتوقع :

يمكن أن نلتمس مبررا لهذه القاعدة ، فى أن الأصل فى المسئولية عقدية كانت أم تقصيرية ، وجوب التعويض عن الضرر المباشر بأكمله حتى ولو كان غير متوقع . ذلك أن المدين مسئول عن كل هذا الضرر ، فهو الذى أحدثه مباشرة بخطئه ، إلا أن

المسئولية العقدية تتميز بأنها تقوم على العقد فإرادة المتعاقدين هي التي تحدد مداها . وقد افترض القانون أن هذه الإرادة قد انصرفت إلى جعل المسئولية عن الضرر مقصورة على المقدار الذى يتوقعه المدين ، فهذا هو المقدار الذى يمكن أن نفترض افتراضا معقولا أن المدين قد ارتضاه ، ويكون هذا الافتراض المعقول بمثابة شرط اتفاقى يعدل من مقدار المسئولية بقصرها على مقدار معين هو مقدار الضرر المتوقع[1] .

٢٥٨ـ ضرورة توقع مدى الضرر :

لما كان مفروضا أن المدين فى المسئولية العقدية لم يلزم نفسه إلا بالضرر المتوقع عقلا وقت التعاقد وجب – حتى يكون الضرر متوقعا– أن يكون المدين قد توقع الضرر ، ليس فقط فى سببه ، بل وفى مداه أيضا . فالمسافر الذى يفقد حقيبة بإهمال الناقل ، لا يكون له الحق فى أن يقتضى من الناقل قيمة الأشياء الموجودة فى الحقيبة المفقودة إلا إذا كانت تلك الأشياء مما درج الناس عادة على وضعها فى مثل هذه الحقيبة ، فإذا كان بالحقيبة مجوهرات مثلا أو أوراق مالية ، لم يكن الناقل مسئولا عن قيمتها ذلك أنه لم تجر عادة الناس

---

(١) السنهورى جـ١ ص ٥٦٢ – محمد على عمران ص ٤٧– عبد المنعم الصده ص ٣٨ ومابعدها .

على وضعها فى حقيبة السفر ، وبالتالى لم يكن فى وسع الناقل أن يتوقع وجود مثل هذه الأشياء فيها . فلو أنه كان يعلم بوجودها لما قبل نقل الحقيبة أو لطلب أجرا أعلى لنقلها .

ففى مثال المسافر الذى يفقد حقيبته بإهمال الناقل الذى ذكرناه سلفا ، لم يسأل الناقل عن كل قيمة الحقيبة لأنه وإن كان يتوقع سبب الضرر هو خطأ عماله ، إلا أنه لم يكن يتوقع مدى هذا الضرر، وهو وجود المجوهرات والأوراق المالية . وإنما هو كان يتوقع أن تحتوى على الأمتعة المعتادة للمسافرين ، وفى حدود قيمة تلك الأمتعة فقط يلتزم بالتعويض .

٢٥٩ـ معيار توقع الضرر موضوعى :

يكون الضرر متوقعا إذا كان باستطاعة الشخص المعتاد إذا وجد فى نفس الظروف الخارجية للمدين توقعه . وليس هو الضرر الذى يتوقعه هذا المدين بالذات .

فإذا أهمل المدين فى تبين الظروف التى كان من شأنها أن تجعله يتوقع الضرر ، فإن الضرر يعتبر متوقعا ، لأن الشخص المعتاد لا يهمل فى تبين هذه الظروف . أما إذا كان عدم توقع المدين للضرر يرجع إلى فعل الدائن ، كأن يسكت الدائن عن إخطار شركة النقل بأن الطرد يحتوى على أشياء ثمينة بالرغم من

مظهره ، فإن الشركة لا تكون مسئولة عن هذا الضرر ، إذ من حقها ألا تتوقعه ، وهذا ما كان الشخص المعتاد يفعله [١].

وإذا أودع شخص سيارته فى جراج وكان بها حقيبة وضع فيها صاحبها مجوهرات ثم سرقت السيارة من الجراج ، كان صاحبه مسئولا عن التعويض عن قيمة السيارة ، ولا يسأل عن قيمة المجوهرات الموجودة فى الحقيبة ، ما لم يكن صاحب السيارة قد نبهه صراحة إلى وجودها .

ومن ذلك مثلا أن يسكت الراكب عن أن يبين لأمين النقل أنه يريد الوصول فى الميعاد لأنه سيؤدى امتحانا للالتحاق بإحدى الوظائف ، فلا يكون أمين النقل مسئولا عن تفويت الفرصة على الراكب بسبب وصوله متأخرا .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " المدين فى المسئولية العقدية لا يلزم فى غير حالتى الغش والخطأ الجسيم إلا بتعويض الضرر الذى يمكن توقعه عادة وقت التعاقد ، وذلك عملا بالمادة ١/٢٢١ من القانون المدنى ، والضرر المتوقع يقاس بمعيار موضوعى لا بمعيار شخصى ، بمعنى أنه هو ذلك الضرر الذى يتوقعه الشخص المعتاد فى مثل الظروف

(١) السنهورى جـ١ ص ٥٦٣ .

الخارجية التى وجد فيها المدين ، لا الضرر الذى يتوقعه هذا المدين بالذات " .

(طعن رقم ٤٥ لسنة ٣٦ ق جلسة ١٩٧٠/٣/٣١)

٢- " المدين فى المسئولية العقدية - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة- يلزم طبقا لنص المادة ١/٢٢١، ٢ من القانون المدنى بتعويض الضرر الذى يمكن توقعه عادة وقت التعاقد وهو يقاس بمعيار موضوعى لا بمعيار شخصى بالضرر الذى يتوقعه الشخص المعتاد فى مثل الظروف التى يوجد بها المدين لا الضرر الذى يتوقعه هذا المدين بالذات ، وهذا الضرر الموجب للتعويض هو ما كان محققا بأن يكون قد وقع بالفعل أو أن يكون وقوعه فى المستقبل حتميا ".

(طعن رقم ٦٦٨ لسنة ٤٦ ق جلسة ١٩٨٠/٥/٢٩)

وكذلك إذا أهمل الطبيب فى علاج مريض وترتب على هذا الإهمال أن فقد صوته ، وكان المريض مغنيا ولكنه لم يخبر الطبيب بمهنته ، فلا يسأل الطبيب إلا عن الضرر الذى يصيب الناس عامة من فقد الصوت . ولا يسأل عن الضرر الزائد الذى أصاب المريض بسبب هذا الظرف الخاص الذى كان يجهله .

وكذلك - ومن باب أولى- إذا قدم الدائن بيانات غير صحيحة. كما إذا أعلن صاحب البضاعة عن قيمة البضاعة بأقل من قيمتها

الحقيقية لكى يحصل على تعريفه مخفضة للنقل ، فلا يسأل أمين النقل فى حالة هلاك البضاعة أو تلفها إلا عن القيمة المعلنة [1].

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " يجب، لاعتبار الضرر متوقعا أن يتوقعه الشخص العادى فى مثل الظروف الخارجية التى وجد فيها المدين وقت التعاقد . ولايمكن للناقل العادى أن يتوقع مقدار الكسب الذى قد يفوت الطاعنة (وزارة التموين) نتيجة فرضها السعر الجبرى فى حالة تلف البضاعة أو فقدها لأنه لايستطيع الإلمام بالأسعار الجبرية التى تفرض فى البلاد التى يرسل إليها سفنه وما يطرأ عليها من تغيير ، لما كان ذلك ، فإن الناقل لا يكون مسئولا عن فوات هذا الكسب المحدد بسعر جبرى ، وإنما يسأل فقط عما فات الطاعنة من كسب بزيادة سعر البضاعة التالفة أو الفاقدة فى السوق الحرة فى ميناء الوصول على سعر شرائها ".

(طعن رقم ٣٥٥ لسنة ٣٦ ق جلسة ١٩٧١/٢/٤)

٢- " يجب لاعتبار الضرر متوقعا أن يتوقعه الشخص العادى فى مثل الظروف الخارجية التى وجد فيها المدين وقت التعاقد ، ولايكفى توقع سبب الضرر فحسب ، بل يجب أيضا توقع مقداره

---

(١) عبد المنعم البدراوى ص ٧٢ .

ومداه ، وإذ كان لايمكن للناقل العادى أن يتوقع مقدار الكسب الذى قد يفوت وزارة التموين (الطاعنة) نتيجة فرضها السعر الجبرى فى حالة فقد البضاعة ، لأنه لا يستطيع الإلمام بالأسعار الجبرية التى تفرض فى البلاد التى يرسل إليها سفنه وما يطرأ عليها من تغيير، فإنه لا يكون مسئولا عن فوات هذا الكسب ، وإنما يسأل فقط عما فات الطاعنة من كسب بسبب زيادة سعر البضاعة الفاقدة فى السوق الحرة فى ميناء الوصول على سعر شرائها ، ولايحول دون معرفة ما تساويه البضاعة الفاقدة فعلا فى السوق الحرة فى ميناء الوصول وجود سعر جبرى للبن فى هذا الميناء ، إذ فى الإمكان تحديد هذه القيمة بالاستهداء بقيمة البضاعة فى ميناء قريب لميناء الوصول به سوق حرة للبن ، وتماثل ظروفه ميناء الوصول ، مع ملاحظة أن الدائن هو الذى يقع عليه عبء إثبات الضرر الذى يدعيه ومن ثم يجب للقضاء له بالتعويض عما فاته من كسب أن يثبت أن سعر البن فى السوق الحرة فى ميناء الوصول كان يزيد على سعر شرائه له ، وإذ اقتصر الحكم المطعون فيه فى تقدير التعويض على ما لحق الطاعنة من خسارة ، وأغفل بحث ما يكون قد فاتها من كسب إذا ثبت أن سعر البن فى ميناء الوصول كان يزيد على سعر شرائها له ، فإنه يكون مخطئا فى القانون ومشوبا بالقصور ".

(طعن رقم ١٤٥ لسنة ٣٨ ق جلسة ١٩٧٣/٤/١٧)

٢٦٠ـ حالتان يسأل فيهما المدين فى المسئولية التعاقدية عن الأضرار غير المتوقعة :

الإخلال بالإلتزام التعاقدى (المسئولية العقدية) يستتبع المسئولية عن الأضرار المتوقعة وكذلك الأضرار غير المتوقعة فى حالتين هما :

الحالة الأولى :

إذا ارتكب المدين غشا ، أى إذا تعمد عدم الوفاء بالالتزام ، أو تأخر فى تنفيذه عمدا . ذلك أن المدين يعتبر فى هذه الحالة قد خرج عن حسن النية الواجب مراعاته فى علاقة المتعاقدين .

الحالة الثانية :

إذا ارتكب المدين خطأ جسيما . فجسامة الخطأ تجعل المتعاقد مسئولا عن الأضرار غير المتوقعة ، فضلا عن الأضرار المتوقعة.

وبهذا يكون للمسئولية التعاقدية فى حالتى الغش والخطأ الجسيم حكم المسئولية التقصيرية .

إذ يمكن القول بأن فى استطاعة المدين بفعله العمدى – الغش أو الخطأ الجسيم – أن ينقل المسئولية ويحولها من مسئولية عقدية إلى تقصيرية .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" تقدير التعويض – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة– على أساس المسئولية العقدية أخف منه على أساس المسئولية التقصيرية ، إذ أنه طبقاً لنص المادة ٢٢١ من القانون المدنى يقتصر التعويض فى المسئولية العقدية– فى غير حالتى الغش والخطأ الجسيم – على الضرر المباشر الذى يمكن توقعه عادة وقت التعاقد ، أما فى المسئولية التقصيرية فيكون التعويض عن أى ضرر مباشر سواء كان متوقعاً أو غير متوقع ، والضرر المباشر هو ما يكون نتيجة طبيعية لخطأ المسئول إذا لم يكن فى الإستطاعة توقعه ببذل جهد معقول ، ويقاس الضرر المتوقع بمعيار موضوعى لا بمعيار شخصى . بمعنى أنه ذلك الضرر الذى يتوقعه الشخص العادى فى مثل الظروف الخارجية التى وجد فيها المدين وقت التعاقد ، ولا يكفى توقع سبب الضرر فحسب بل يجب توقع مقداره ومداه " .

(طعن رقم ٣٩٥٦ لسنة ٦٨ ق جلسة ٢٠٠٠/٥/٢٨)

٢٦١ـ لا يجوز للمضرور الجمع بين تعويضين :

مادام أن التعويض يكون بقدر الضرر ، فالقاعدة أنه لايجوز للمضرور أن يجمع بين تعويضين ، بمعنى أنه لا يحق له أن

يعوض مرتين عما أصابه من ضرر . ويثور بحث هذه المسألة في حالات يترتب على وقوع الضرر فيها أن ينشأ للمضرور حق في أن يحصل على تعويض من طريق ، وأن يحصل في نفس الوقت على مبلغ تأمين أو نفقة أو مكافأة أو معاش عن طريق آخر . فإذا كان ما يستحقه المضرور من هذا الطريق يصدق عليه أيضا وصف التعويض فلا يصح للمضرور أن يجمع بينه وبين التعويض الأول . لأنه لايجوز له كما قلنا أن يحصل على تعويضين . أما إذا لم يكن ما يحصل عليه المضرور من هذا الطريق الآخر في حقيقته تعويضا حق له أن يجمع بينه وبين التعويض .

وسنتناول الصور السابقة بالتفصيل فيما يأتي :

أولاً : اجتماع التعويض مع مبلغ التأمين :

إذا كان المضرور قد أمن نفسه من الضرر الذي أصابه في جسمه أو في ماله فإنه ينشأ له حقان : حق قبل المسئول عن هذا الضرر في التعويض ، وحق قبل شركة التأمين في مبلغ التأمين .

وحق المضرور في التعويض مصدره العمل غير المشروع الذي ارتكبه المسئول .

أما الحق في مبلغ التأمين فإن المضرور يستمده من عقد التأمين الذي أبرم بينه وبين الشركة .

ولايعتبر هذا المبلغ مقابلا للضرر ، وإنما هو مقابل لأقساط التأمين التى دفعها المضرور للشركة . ومقتضى هذا ألا يعتبر مبلغ التأمين تعويضا ، ومن ثم يصح للمضرور أن يجمع بينه وبين التعويض ، إذ لا يعتبر فى هذه الحالة أنه قد جمع بين تعويضين.

وهذا هو الحل الذى تمليه القواعد العامة . وقد كان القضاء المصرى يأخذ به فى ظل القانون القديم حيث لم يكن هناك نص فى هذا الشأن .

أما فى التقنين المدنى الجديد فقد نصت المادة ٧٦٥ منه فى خصوص التأمين على الحياة على أنه " فى التأمين على الحياة لايكون للمؤمن الذى دفع مبلغ التأمين حق الحلول محل المؤمن له أو المستفيد فى حقوقه قبل من تسبب فى الحادث المؤمن منه أو قبل المسئول عن الحادث " . ويتضح من هذا النص أنه فى التأمين على الأشخاص يستطيع المضرور الذى أمن نفسه أن يجمع بين التعويض ومبلغ التأمين .

وينبنى على هذا النظر أنه لا يجوز للمؤمن (شركة التأمين) أن يرجع على المسئول بحجة أن فعلته قد سببت له ضررا هو دفعه مبلغ التأمين ، إذ يرد على ذلك بأن دفعه للمبلغ إنما كان تنفيذا لعقد التأمين (١).

---

(١) الدكتور أحمد حشمت أبو ستيت فى مصادر الالتزام الطبعة الثانية سنة ١٩٥٤ ص ٤٦٣ .

ولكن المشرع خرج على هذه القواعد فيما يتعلق بالتأمين من الحريق . حيث نصت المادة ٧٧١ مدنى على أنه : " يحل المؤمن قانونا بما دفعه من تعويض عن الحريق فى الدعاوى التى تكون للمؤمن له قبل من تسبب بفعله فى الضرر الذى نجمت عنه مسئولية المؤمن ، ما لم يكن من أحدث الضرر قريبا أو صهرا للمؤمن له ممن يكونون معه فى معيشة واحدة أو شخصا يكون المؤمن له مسئولا عن أفعاله " . ويتضح من هذا النص أنه فى التأمين على الأشياء لايجوز للمضرور الذى أمن نفسه أن يجمع بين التعويض ومبلغ التأمين ، إذ أن الشركة تحل محله فى فى الرجوع على المسئول إذا لم يكن من الأشخاص المذكورين فى النص . وهذا الخروج على القواعد العامة تبرره الخشية من أن يصبح التأمين على الأشياء مصدر ربح للمؤمن له ، إذ أن إمكان الحصول على التعويض ومبلغ التأمين مما قد يغريه بأن يسهل إضرار الغير بالشئ المؤمن عليه . بينما لا يخشى من ذلك فى التأمين على الأشخاص(١).

---

(١) عبد المنعم الصده فى مصادر الالتزام ص ٥٢٦ ومابعدها – السنهورى جـ١ ص ٨٣٥ .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" إذا كان الحكم قد اعتبر الشركة الطاعنة (شركة التأمين) ملتزمة بالتعويض بموجب عقد التأمين بينما الشركة المطعون ضدها الثانية ملزمة به نتيجة " الفعل الضار " فإنهما يكونان ملتزمين بدين واحد له مصدران مختلفان ومن ثم تتضامم ذمتهما فى هذا الدين دون أن تتضامن إذ أن الالتزام التضامنى يقتضى وحدة المصدر ".

(طعن رقم ٣٠٦ لسنة ٣١ ق جلسة ١٩٦٦/٢/١٧)

٢٦٢ـ اجتماع التعويض مع النفقة أو المكافأة أو المعاش :

قد تترتب للمضرور بسبب العمل غير المشروع حقوق أخرى غير التعويض . كما إذا أصيب شخص بإصابة أعجزته عن العمل، فاستحق بسبب ذلك تعويضا من المسئول عن هذه الإصابة ونفقة ممن تجب عليه النفقة له لعجزه عن العمل .

وكما إذا أصيب عامل فى مصنع بسبب خطأ عامل آخر ، فاستحق تعويضا كاملا من العامل المخطئ وتعويضا جزافا أو معاشا من الهيئة القومية للتأمينات الاجتماعية بمقتضى القانون رقم ٧٩ لسنة ١٩٧٥ (المعدل) .

وكما إذا أصيب الموظف فى حادث تكون الحكومة مسئولة عنه،

فاستحق تعويضا كاملا ومكافأة أو معاشا استثنائيا يرتبه القانون فى هذه الحالة .

وهنا يثور التساؤل عما إذا كان يجوز للمضرور الجمع بين التعويض الذى تقرره القواعد العامة ، وبين أحد هذه الحقوق من عدمه ، والجواب على ذلك يتوقف على تحديد طبيعة هذه الحقوق الأخرى .

والواضح هنا أن هذه الحقوق الأخرى التى استحقت للمضرور لكل منها صفة التعويض لأن أيهما لم ينشأ إلا بسبب ما نزل بالمصاب أى على سبيل التعويض ، وبالتالى فإن الجمع بين إحداها والتعويض الذى تقرره القواعد العامة قبل المسئول يصبح غير ممكن .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " إن حادثة وفاة المستخدم التى يترتب عليها التزام الحكومة بالمكافأة الاستثنائية لأرملته وأولاده بموجب قانون المعاشات قد يترتب عليها أيضا التزام من يكون مسئولا عن الحادثة بالتعويض الذى يستحق بموجب القانون المدنى . ولما كان قانون المعاشات قد رتب استحقاق المكافأة الاستثنائية على وقوع الحادثة وأجاز زيادتها تبعا لظروف الحال ، فإنه يكون قد بين أن غرضه هو أن يجبر ، بقدر معلوم ، الضرر الواقع لأرملة المستخدم وأولاده.

فهذان الالتزامان ، وإن كانا مختلفين فى الأساس القانونى ، هما متحدان فى الغاية ، وهى جبر الضرر الواقع للمضـرور . وهـذا الجبر وإن وجب أن يكون كاملا مكافئا لمقدار الضرر فإنه لايجوز أن يكون زائدا عليه إذ أن كل زيادة تكون إثراء لا سبب له . ومن ثم فإنه عندما تكون الحكومة مسئولة أيضا عـن التعـويض الـذى أساسه القانون المدنى يكون من المتعـين خصـم مبلـغ المكافـأة الاستثنائية من كامل مبلغ التعويض المدنى المستحق . وهذا النظـر يتفق وما قرره الشارع فى حالة مماثلة ، فإن قانون إصابات العمل رقم ٦٤ سنة ١٩٣٦ الذى قرر التزام صاحب العمل – على غرار التزام الحكومة بقانون المعاشات– بأن يدفع بقـدر معلـوم كـذلك تعويض للعامل المصاب ، نص على عدم الجمع بين هذا التعويض والتعويض المستحق بموجب القانون المدنى " .

(طعن رقم ٤٣ لسنة ١٣ ق جلسة ١٩٤٤/٢/٣)

٢- " إذا كان الحكم حين قضى بإلزام الوزارة بـالمبلغ الـذى قدره تعويضا للمدعى لم يبين هل المبلغ الذى قدر للمدعى كمكافـأة استثنائية زيادة على ما استحقه من مكافأة عادية يخصم مـن هـذا المبلغ أم لا فإنه يكـون مشـوبا بالقصـور . ذلـك لأن المكافـأة الاستثنائية هى فى حقيقتها تعويض تلتزم به الحكومة بمجرد وقـوع الحادث على أسس ونسب عينها قانون المعاشات ، فـإن التزمـت الحكومة أيضا وفقا للقانون المدنى بتعويض المضرور باعتبارهـا

مسئولة عن الخطأ الذى أدى إلى وقوع الحادث لم يكن للمضرور أن يجمع بين التعويضين كليهما معا لأن هذين الالتزامين متحدان فى الغاية وهى جبر الضرر مكافئا له ولايجوز أن يزيد عليه ".

(طعن رقم ٣٤ لسنة ١٨ ق جلسة ١٩٤٩/١٠/٢٧)

٣-" التزام رب العمل بتعويض العامل طبقا لأحكام قانون إصابات العمل وإن كان لايمنع من التزامه بالتعويض عن الحادث طبقا لأحكام القانون المدنى إذا وقع بسبب خطئه الجسيم إلا أن هذين الالتزامين متحدان فى الغاية وهى جبر الضرر جبرا مكافئا له ولايجوز أن يكون زائدا عليه ، إذ أن كل زيادة تعتبر إثراء على حساب الغير دون سبب " .

(طعن رقم ٣٠٨ لسنة ٢٩ ق جلسة ١٩٦٤/٦/٢٥)

٤- " المقرر – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة- أنه يجوز للمضرور أن يجمع بين التعويض الذى يطالب به عن الضرر الناشئ عن الخطأ – وفقا لأحكام المسئولية التقصيرية- وبين ما قد يكون مقررا له عن ذلك – بموجب قوانين أو قرارات أخرى- من مكافآت أو معاشات استثنائية – بشرط أن يراعى ذلك عند تقدير التعويض بحيث لايجاوز مجموعة ما يعود عليه من ذلك القدر المناسب والكافى لجبر الضرر وحتى لا يثرى المضرور من وراء ذلك بلا سبب " .

(طعنان رقم ٥٦١، ٥٦٢ لسنة ٤٢ق جلسة ١٩٨٣/١٢/٢٧)

٥- " لما كان مؤدى نص الفقرة الثانية من المادة ٦٨ من قانون التأمين الاجتماعى الصادر بالقانون ٧٩ لسنة ١٩٧٥ وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة أن مناط رجوع المضرور بالتعويض على صاحب العمل أن يثبت المضرور أن إصابة العمل أو الوفاة قد نشأت عن خطأ شخصى من جانب صاحب العمل يرتب مسئولية ذاتية عن هذا التعويض وهو مالا محل معه لتطبيق أحكام المسئولية المفترضة الواردة بنص المادة ١٧٨ من القانون المدنى وأن مناط الجمع بين التعويض القانونى الذى يكفله قانون التأمين الاجتماعى والتعويض الذى يستحقه المضرور طبقا لقواعد المسئولية التقصيرية متى توافرت أركانها أن يراعى القاضى عند تقدير التعويض الأخير أنه تعويض تكميلي وليس تعويضا كاملا فيخصم من التعويض الكامل الحقوق التأمينية التى حصل عليها المضرور لأن الغاية من التعويض هو جبر الضرر جبرا متكافئا معه وغير زائدة عليه - إذ أن كل زيادة تكون إثراء على حساب الغير دون سبب- لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد أسس قضاءه بالتعويض علىتطبيق أحكام المسئولية المفترضة المنصوص عليها بالمادة ١٧٨ من القانون المدنى وإن ثبت بمحضر ضبط الواقعة وجود خطأ من جانب الشركة الطاعنة فى عمل الاحتياطيات اللازمة للمحافظة على حياة المورث دون أن يبين وجه الدليل الذى

استدل به من ذلك المحضر على ثبوت هذا الخطأ ونوع الاحتياطات التى قصرت الشركة فى عملها ودون أن يمحص ما دفعت به الشركة من أن الحادث وقع بخطأ من العامل وحده دون أن يكشف فى قضائه عما إذا كان التعويض الذى قضى به كاملا أم أنه روعى فى تقديره خصم قيمة الحقوق التأمينية التى تم صرفها للمطعون ضدهما – حتى يبين من ذلك أنهما لم تحصلا على حقوق أزيد مما حاق بهما من أضرار فإنه يكون قد خالف القانون " .

(طعن رقم ٣٥١٦ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٩٠/٥/٢٤–لم ينشر)

٦– " القانون رقم ١١٦ لسنة ١٩٦٤ – المنطبق على واقعة الدعوى – تضمن القواعد التى تنظم المعاشات والمكافآت والتأمين والتعويض لأفراد القوات المسلحة عند الوفاة أو العجز الكلى أو الجزئى بسبب العمليات الحربية ، فعقد الفصل الثانى من الباب الثانى لبيان أنواع المعاشات والمكافآت ثم فصل فى الباب الرابع أحكام التأمين والتأمين الإضافى وتعويض المصابين بسبب الخدمة بإصابات لاتمنعهم من البقاء فيها وحدد فى المادة ٦٥ مقدار التأمين الإضافى الذى يدفع للورثة الشرعيين إذا كانت الوفاة ناشئة عن حادث طيران أو بسبب العمليات الحربية أو إحدى الحالات المنصوص عليها فى المادة ٣١ أو كانت بسبب الخدمة ، وهى

أحكام يقتصر تطبيقها على الحالات المنصوص عليها في هذا القانون ، ولا تتعداها إلى التعويض المستحق طبقا لأحكام القانون العام فلا تحول دون مطالبة المضرور بحقه في التعويض الكامل الجابر للضرر الذى لحقه ، إذ أن هذا الحق يظل مع ذلك قائما وفقا لأحكام القانون المدنى إذا كان سبب الضرر الخطأ التقصيرى إلا أنه لايصح للمضرور أن يجمع بين التعويضين ولما كانت المطعون عليهما الأولى والثانية قد أقامتا دعواهما بطلب التعويض تأسيسا على قواعد المسئولية التقصيرية -لوفاة مورثهما الضابط بالقوات المسلحة نتيجة خطأ تابع وزير الحربية بصفته وهو أساس مغاير لذلك الذى نص عليه القانون ١١٦ لسنة ١٩٦٤ ، وكان الثابت من كتاب إدارة التأمين والمعاشات للقوات المسلحة ، والمقدم لمحكمة الموضوع أن المبالغ المنصرفة إلى المستحقين وهى تأمين ١% وتأمين إضافى ومنحه وأن المعاش المقرر للمطعون عليها الأولى مبلغ ... وكان يبين من الحكم الابتدائى المؤيد لأسبابه بالحكم المطعون فيه أنه قدر التعويض المستحق للمطعون عليهما الأولى والثانية- والدة المتوفى وشقيقته - بمبلغ للأولى وللثانية مراعيا فى ذلك المبالغ السابق صرفها لهما سالفة الذكر، ومن ثم فهما لم تجمعا

بين تعويضين ، لما كان ذلك فإن الحكم المطعون فيه لا يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون " .

(طعن رقم ٨٣٠ لسنة ٤٣ ق جلسة ١٩٧٧/٥/٣١) [١]

---

(١) وعكس ذلك نقض جنائى فى ١٩٤١/١٢/٨ فى الطعن رقم ٧٠ لسنة ١٢ ق إذ ذهب إلى أنه : " إن المعاش الخاص المقرر لرجال الجيش بقانون المعاشات العسكرية رقم ٥٩ لسنة ١٩٣٠ عند إصابتهم بعمل العدو أو بسبب حوادث فى وقائع حربية أو فى مأموريات أمروا بها لا دخل فيه للتعويض الذى يستحقه صاحب المعاش قبل من يكون قد سبب له الإصابة عن عمد أو تقصير منه . وذلك لاختلاف الأساس القانونى للاستحقاق فى المعاش وفى التعويض . إذ المعاش مقرر بقانون خاص ملحوظا فيه ما تقتضيه طبيعة الأعمال العسكرية من الاستهداف للمخاطر وبذل التضحيات فى سبيل غاية من أشرف الغايات ، فهو بهذا الاعتبار – فيما يزيد على ما يستحقه المصاب على أساس مدة خدمته وما استقطع من راتبه– ليس إلا مجرد منحة مبعثها التقدير لمن أقدم على تحمل التضحيات فى خدمة بلده دون التفات إلى مصدر هذه التضحيات إن كان فعلا مستوجبا لمساءلة أحد عنه أو كان غير ذلك مما لا يمكن أن يسأل عنه أحد .

أما التعويض فالمرجع فيه إلى القانون العام الذى يوجب على كل من تسبب بفعله فى ضرر غيره أن يعوضه عن هذا الضرر جزاء تقصيره فيما وقع منه ، وتقديره موكول للقاضى يزنه على اعتبار ما خسره المضرور وما فات عليه من فائدة . بخلاف المعاش فإنه محدد فى القانون بمقادير ثابتة .

وإذا كان المعاش لم يلاحظ فيه أن يكون تعويضا عن الأضرار الناشئة عن إصابات فإن الإصابة إذا كانت ناشئة عن فعل مستوجب لمساءلة

وينبنى على ذلك أنه إذارجع المضرور على المسئول بالتعويض الكامل فلا يكون له الحق فى المكافــأة أو النفقــة . وإذا تقاضـــى المضرور المكافأة أو النفقة فلا يرجع على المسئول إلا بما بقى من ضرر لم يعوض . ويرجع الملزم بالمكافأة أو النفقة على المســئول بما دفعه للمضرور لأن خطأ المسئول هو الذى تسبب فى الالــزام بالمكافأة أو النفقة .

وإذا رجع العامل المضرور على العامل المســئول بــالتعويض الكامل فلا يكون له الحق فى تعويض من الهيئة القومية للتأمينـــات الاجتماعية ، وإذ تقاضى العامل المضرور تعويضا من المؤسســة فلا يرجع على العامل المسئول إلا بما بقى من ضرر لم يعــوض ، وترجع الهيئة على المسئول بما دفعته للمضرور .

وهذا الحل الذى تمليه القواعد العامة نصت عليه المادة ٦٦ من القانون رقم ٧٥ لسنة ١٩٧٩ بقولها : " تلتــزم الجهــة المختصــة بجميع الحقوق المقررة وفقا لأحكام هذا الباب حتــى ولــو كانــت الإصابة تقتضى مسئولية شخص آخر خلاف صاحب العمــل دون إخلال بما يكون للمؤمن عليه من حق قبل الشخص المسئول ".

فاعله مدنيا فلا يجوز أن يحسب للمعاش حساب فى تقــدير التعــويض المقتضى دفعه عنها للمصاب ولــو كانــت الحكومــة هــى الملزمــة بالتعويض مهما كانت صفتها فى ذلك . ولايصح إذن فى هذا الصـــدد القول بأن إعطاء التعويض عن الإصابة مع ربط المعاش من أجلها فيه جمع بين تعويضين عن ضرر واحد ".
وهذا القضاء محل نقد من الفقه .

وإذا كان صاحب العمل هو المسئول عن إصابة العامل بسبب خطأ صدر منه فإنه لايجوز للعامل المضرور كذلك أن يجمع بين مطالبة صاحب العمل بالتعويض بمقتضى قانون التأمين الاجتماعى والتعويض بناء على القواعد العامة فى المسئولية .

وتطبيقا لذلك نصت المادة ٦٨ من قانون التأمين الاجتماعى رقم ٧٩ لسنة ١٩٧٥ على أن : " لايجوز للمصاب أو المستحقين عنه التمسك ضد الهيئة المختصة بالتعويضات التى تستحق عن الإصابة طبقا لأى قانون آخر . كما لايجوز لهم ذلك أيضا بالنسبة لصاحب العمل إلا إذا كانت الإصابة قد نشأت عن خطأ من جانبه " .

أما المعاش العادى الذى يحصل عليه الموظف طبقا لقانون المعاشات فإنه يستحق مقابل الاستقطاعات الدورية التى تؤخذ من المرتب ، فلا تكون له صفة التعويض ، ولهذا يجوز للمضرور أن يجمع بينه وبين التعويض الكامل من المسئول طبقا للقواعد العامة[1].

والمبلغ الذى تلزم الهيئة القومية للتأمينات الاجتماعية بدفعه بسبب عجز العامل المضرور عن العمل ، فهو إذا تعويض عن هذا العجز ، ومن ثم لايجوز الجمع بينه وبين التعويض الواجب على العامل المسئول عن العجز . فإذا رجع العامل المضرور على العامل المسئول بالتعويض الكامل فلايكون له الحق فى تعويض من الهيئة.

---

(١) أحمد حشمت أبو ستيت ص ٤٦٤ – عبد المنعم الصده ص ٥٣٠ .

وإذا تقاضى العامل المضرور تعويضا من المؤسسة فلا يرجع على العامل المسئول إلا بما بقى من ضرر لم يعوض . وترجع المؤسسة على المسئول بما دفعته للمضرور .

٢٦٣- التعويض عن إصابات العمل :

ما تؤديه الهيئة القومية للتأمينات الاجتماعية للعامل أو ورثته بسبب إصابات العمل إنما هو فى مقابل ما تستأديه هذه الهيئة من اشتراكات تأمينية من العامل ورب العمل بينما يتقاضى حقه فى التعويض قبل المسئول عن الفعل الضار بسبب الخطأ الذى ارتكبه المسئول ، ومن ثم ليس ثمة ما يمنع من الجمع بين الحقين .

ويؤيد ذلك ما تنص عليه المادة ٦٦ من قانون التأمين الاجتماعى رقم ٧٩ لسنة ١٩٧٥ (المعدل) الواردة فى الباب الرابع الخاص بتأمين إصابات العمل من أنه : " تلتزم الجهة المختصة بجميع الحقوق المقررة وفقا لأحكام هذا الباب حتى ولو كانت الإصابة تقتضى مسئولية شخص آخر خلاف صاحب العمل دون إخلال بما يكون للمؤمن عليه من حق قبل الشخص المسئول ".

مما مقتضاه أن تنفيذ الهيئة القومية للتأمينات الاجتماعية لالتزامها بشأن تأمين إصابات العمل لا يخل بما يكون للمؤمن له العامل أو ورثته من حق قبل الشخص المسئول .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- " التزام رب العمل بتعويض العامل طبقا لأحكـــام قـــانون إصابات العمل لايمنع من التزامه بالتعويض عـــن الحـــادث طبقـــا لأحكام القانون المدنى إذا وقع بسبب خطئه الجسيم ".

(طعن رقم ٢٥٢ لسنة ٣٧ ق جلسة ١٩٧٤/١٢/٣١)

٢- "ما تؤديه الهيئة العامة للتأمين والمعاشات للعامل أو ورثته بسبب إصابات العمل إنما هو فى مقابل ما تستأديه هذه الهيئة مـــن اشتراكات تأمينية بينما يتقاضى حقه فى التعويض عن الفعل الضار بسبب الخطأ الذى يرتكبه المسئول وليس ثمة ما يمنع من الجمع بين الحقين " .

(طعن رقم ٩٧٩ لسنة ٤٧ ق جلسة ١٩٨٠/٣/٢٧)

٣- (أ)- " تنص المادة ٤٩ من القانون رقم ٩٢ لســـنة ١٩٥٩ بشأن التأمينات الاجتماعية - المنطبقة على واقعة الدعوى- علـــى أن تلتزم المؤسسة بتنفيذ أحكام هذا الفصل حتى ولو كانت الإصابة تقتضى مسئولية ' خص آخر خلاف صاحب العمل وتحل المؤسسة قانونا محل المؤمن عليه قبل ذلك الشخص المسئول بما تكلفته ممـــا مقتضاه أن تنفيذ مؤسسة التأمينات الاجتماعية لالتزامها المنصوص عليه فى الفصل الأول بشأن تأمين إصابات العمل لايخل بما يكـــون للمؤمن له العامل أو ورثته من حق قبل الشخص المسئول ".

(ب)- " إذا كانت المادة ١/١٧٤ من القانون المدنى قد نصت على أن المتبوع يكون مسئولا عن الضرر الذى يحدثه تابعه بعمله غير المشروع متى كان واقعا منه حال تأدية وظيفته أو بسببها ، وكانت مسئولية المتبوع عن تابعه ليست مسئولية ذاتية ، إنما هى فى حكم مسئولية الكفيل المتضامن وكفالته ليس مصدرها العقد وإنما مصدرها القانون ، فإنه لاجدوى من التحدى فى هذه الحالة بنص المادة ٤٧ من القانون رقم ٩٢ لسنة ١٩٥٩ التى لاتجيز للمصاب فيما يتعلق بإصابات العمل أن يتمسك قبل المؤسسة بأحكام أى قانون آخر ولا تجيز له ذلك أيضا بالنسبة لصاحب العمل إلا إذا كانت الإصابة قد نشأت عن خطأ جسيم من جانبه ، ذلك أن مجال تطبيق هذه المادة – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة- هو عند بحث مسئولية رب العمل الذاتية ".

(ج)- " إذا كان العامل يتقاضى حقه فى التعويض عن إصابة العمل من الهيئة العامة للتأمينات الاجتماعية فى مقابل الاشتراكات التى شارك هو ورب العمل فى دفعها بينما يتقاضى حقه فى التعويض قبل المسئول عن الفعل الضار بسبب الخطأ الذى ارتكبه المسئول فليس ثمة ما يمنع من الجمع بين الحقين " .

(طعن رقم ٥٧٣ لسنة ٤٥ ق جلسة ١٩٨١/١/١١)

٢٦٤- تلقى المضرور صدقة من الغير :

قد يتلقى المضرور صدقة أو إحسانا من الغير مواساة له عـــن الضرر الذى حاق به ، ولاشك أن صاحب الصدقة بقصد التبرع بها للمضرور لا للمسئول ، ومن ثم لا تخصم قيمة الصدقة مـــن قيمـــة التعويض .

مـادة (٢٢٢)

١- يشمل التعويض الضرر الأدبى أيضا ، ولكن لايجوز فـى هذه الحالة أن ينتقل إلى الغير إلا إذا تحدد بمقتضـى اتفـاق، أو طالب الدائن به أمام القضاء .

٢- ومع ذلك لايجوز الحكم بتعويض إلا للأزواج والأقارب إلى الدرجة الثانية عما يصيبهم من ألم من جراء موت المصاب .

الشـــرح

٢٦٥ـ شمول التعويض الضرر الأدبى :

تنص الفقرة الأولى من المادة فى صدرها علـى أن : " يشـمل التعويض الضرر الأدبى أيضا ".

فالأصل فى المساءلة المدنية وجوب تعويض كل مـن أصـيب بضرر يستوى فى ذلك الضرر المادى والضـرر الأدبـى [1] وقـد

---

(١) وكان التعويض عن الضرر الأدبى موضع خـلاف فـى أول الأمـر . فذهب فريق من الفقهاء إلى أن الضرر الأدبى لايتيسر التعويض عنه، لأن طبيعته لا تقبل التعويض . وإذا كان المال يصـلح عوضـا عـن الضرر الأدبى فإن تقدير التعويض أمر غير ممكن . وتقويم الضـرر الذى يمس الشرف أو الكرامة أو الشعور أمر ينافى الأخلاق ويحط من المثل العليا . وذهب فريق آخر إلى التمييز بين ضرر أدبـى يجـوز التعويض عنه وضرر أدبى لايجوز فيه التعويض ، فرأى بعض هـذا الفريق أن التعويض يقتصر على الضرر الأدبى الذى يترتـب عليـه جريمة جنائية . ورأى البعض الآخر أن التعويض يجوز عن الضـرر

ذكرنا سلفا المقصود بالضرر الأدبى – والملاحظ أن الضرر الأدبى أيسر فى نطاق المسئولية التقصيرية منـه فـى نطـاق المسـئولية التعاقدية . على أن ذلك لاينفى إمكان قيام المسئولية عن الضـرر الأدبى فى الالتزامات التعاقدية . مثل ذلك امتناع الوديـع عـن رد لوحة فنية لها عند المودع منزلة أدبية رفيعة مع أن قيمتها الماليـة ضئيلة .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" يعتد فى المسئولية التعاقدية بالضرر الأدبى ، وفقـا للأحكـام التى تقدمت الإشارة إليها فى المسئولية التقصيرية ، وغنـى عـن البيان أن تصور الضرر الأدبـى أيسـر فـى نطـاق المسـئولية التقصيرية منه فى نطاق المسئولية التعاقدية . على أن ذلك لاينفـى إمكان قيام المسئولية عن الضرر الأدبى ، فى الالتزامات التعاقدية . فمن ذلك مثلا امتناع الوديع عن رد لوحة فنية لهـا عنـد المـودع منزلة أدبية رفيعة ، مع أن قيمتها المادية ضئيلة "[1].

الأدبى الذى يصيب الشرف والاعتبار لأنه يؤدى إلى ضـرر مـادى ولايجوز عن الضرر الأدبى الذى يصيب العاطفة والشعور لأنه يكون ضررا أدبيا محضا لا يختلط به ضرر مادى . كما كان القضاء بـادئ الأمر مترددا فى الحكم بالتعويض عن الضرر الأدبى (راجع فى هـذا عبد المنعم الصده فى مصادر الالتزام ص ٤٩٢ ومابعدها) .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٢ ص ٥٦٧ .

وقد قضت محكمة النقض ـ الهيئة العامة للمواد المدنية والتجارية والأحوال الشخصية ـ بأن :

" النص فى الفقرة الأولى من المادة ٢٢٢ من القانون المدنى على أن " يشمل التعويض الضرر الأدبى أيضا ، ولكن لايجوز فى هذه الحالة أن ينتقل إلى الغير إلا إذا تحدد بمقتضى اتفاق أو طالب الدائن به أمام القضاء" وما ورد بالمذكرة الإيضاحية من أنه – "استقر فى العصر الحاضر على وجوب التعويض عن الضرر الأدبى بوجه عام بعد أن زال – ما خامر الأذهان من عوامل التردد فى هذا الصدد " يدل على أن المشرع استهدف بهذا النص وجوب التعويض عن الأضرار الأدبية التى تشمل كل ما يؤذى الإنسان فى شرفه واعتباره أو يصيب عاطفته وإحساسه ومشاعره أما ما عدا ذلك من مساس بمصلحة مشروعة للمضرور فى شخصه أو فى ماله إما بالإخلال بحق ثابت يكفله له القانون أو بمصلحة مالية له فإنه يتوافر بمجرده الضرر المادى ، وكان حق الإنسان فى الحياة وسلامة جسمه من الحقوق التى كفلها الدستور والقانون وجرم التعدى عليه ومن ثم المساس بسلامة الجسم بأى أذى من شأنه الإخلال بهذا الحق يتوافر به الضرر المادى " .

(طعن رقم ٣٥١٧ لسنة ٦٢ ق "هيئة عامة" جلسة ١٩٩٤/٢/٢٢)

٢٦٦ـ انتقال التعويض الأدبى إلى الغير :

الفرض فى هذه المسألة أن يثبت الحق لشخص معين فى التعويض الأدبى ، ويثور البحث فى تحديد الحالات التى ينتقل فيها هذا الحق إلى الغير أيا كان سبب الانتقال كالحوالة أو الميراث .

وقد حددت الفقرة الثانية من المادة حالتين ينتقل فيهما الضرر إلى الغير هما :

الحالة الأولى :

أن يكون قد تم اتفاق بين المضرور والمسئول بشأن التعويض. ولا يكفى الاتفاق على مبدأ التعويض . وإنما يجب أن يشمل مبدأ التعويض ومقداره(١) .

الحالة الثانية :

أن يكون الدائن المضرور قد طالب بالتعويض أمام القضاء .

وتتحقق المطالبة برفع دعوى التعويض عن الضرر الأدبى بإيداع صحيفتها قلم الكتاب (م٦٣ مرافعات) ، ولايشترط إعلان صحيفتها . ولا يغير من ذلك سبق اعتبار المضرور تاركا للدعوى لأن انقضاء بالترك بصريح المادة ١٤٣ من قانون المرافعات لايمس الحق المرفوعة به الدعوى ولايمنع من رفع الدعوى به جديد (٢).

---

(١) عبد المنعم البدراوى ص ٨٠ .

(٢) وكان المشروع التمهيدى للقانون المدنى لا يكتفى بمجرد رفع الدعوى، بل كان لايجيز انتقال الحق فى التعويض عن الضرر الأدبى للغير إلا

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" لما كان الثابت أن المرحوم .... زوج المطعون ضدها الثالثة كان قد طالب بالتعويض عن الضرر الأدبى الذى لحقه بوفاة شقيقه المجنى عليه فى الجنحة رقم ٣١٤٣ لسنة ١٩٦٧ روض الفرج إبان نظرها أمام المحكمة الجنائية ، فإنه إذ توفى من بعد ذلك انتقل حقه فى التعويض إلى ورثته وضمنهم زوجته المذكورة دون أن ينال منه قضاء المحكمة الجنائية باعتباره تاركاً لدعواه المدنية ذلك أن المورث قد تمسك بحقه فى التعويض قبل وفاته والقضاء بالترك – بصريح نص المادة ١٤٣ من قانون المرافعات- سواء السابق أو الحالى- لا يمس الحق المرفوعة به الدعوى ولا يمنع من رفع الدعوى به من جديد ".

(طعن رقم ٧٠٣ لسنة ٤٣ ق جلسة ١٩٨١/٤/١)

وعلى ذلك إذا مات المضرور دون أن يتفق مع المسئول على التعويض عن الضرر الأدبى ودون أن يطالب قضاء بتعويض عما

إذا تحدد وبمقتضى حكم حاز قوة الشئ المحكوم به إذ كانت تقضى المادة ٢٣٨ منه بأن : " يشمل التعويض الضرر الأدبى كذلك ، ولكن لايجوز فى هذه الحالة أن ينتقل إلى الغير إلا إذا تحدد بمقتضى اتفاق أو بمقتضى حكم حاز قوة الشئ المحكوم منه " . ولكن هذا اللجنة حذفت ، وعدلت المادة على النحو الوارد بالنص الحالى (مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٢ ص ٣٩٠ الهامش) .

أصابه من ألم وتشويه بسبب الحادث الذى وقع له أو من أذى فى شعوره بسبب قذف أو سب ، فلا ينتقل حقه فى التعويض إلى ورثته بل يزول الحق فيه بموته.

ويعلل ذلك بأن الضرر الأدبى متصل تماما بشخص المضرور ومن ثم فإن هذا الحق لاينتقل منه إلى ورثته إلا إذا تم الاتفاق عليه أو أبان الدائن عن رغبته فى المطالبة بـه . ففى حالة الاتفاق والمطالبة القضائية تظهر إرادة الدائن قاطعة فى المطالبة بالتعويض عن الضرر الأدبى ، ومن ثم فإنه يجوز عندئذ انتقال هذا الحق إلى ورثة المضرور (١).

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

(ا)- " مفاد نص المادة ٢٢٢ من القانون المدنى أن الحق فى التعويض عن الضرر الأدبى مقصور على المضرور نفسه فلا ينقل إلى غيره إلا أن يكون هناك اتفاق بين المضرور والمسئول بشأن التعويض من حيث مبدئه ومقداره أو أن يكون المضرور قد رفع الدعوى فعلا أمام القضاء مطالبا بالتعويض . أما الضرر الأدبى الذى أصاب ذوى المتوفى فلا يجوز الحكم بالتعويض عنه إلا للأزواج والأقارب إلى الدرجة الثانية " .

---

(١) محمد على عمران ص ٥٠ .

(ب)- " إذا كان الثابت أن مورث المطعون عليها عن نفسها وبصفتها وصية على ابنتها قد أقام الدعوى بحقه فى التعويض عن الضرر الأدبى الذى لحقه بوفاة ابنته ثم توفى أثناء سير الدعوى ، فإن هذا الحق ينتقل إلى ورثته وإذا استأنفت الدعوى سيرها بناء على طلب المطعون عليها التى انتصبت خصما عن باقى الورثة طالبة الحكم للتركة بكل حقها ، وقضى الحكم المطعون فيه بالتعويض للتركة على أن يقسم بين الورثة حسب أنصبتهم الشرعية فإن الحكم المطعون فيه لا يكون قد خالف القانون " .

(طعن رقم ٧٨ لسنة ٤١ ق جلسة ١٩٧٥/١١/٤)

٢٦٧ـ من له حق التعويض عن الضرر الأدبى ؟

القاعدة أن كل شخص يصاب بضرر أدبى يثبت له الحق فى التعويض عنه إنما تحتاج هذه القاعدة إلى تحديد بالنسبة لذوى الشخص الذى يموت فيصيبهم ألم من جراء هذا الموت ، ولولا هذا التحديد لاستطاع كل قريب أو صديق أن يدعى الضرر لما لحقه من ألم كى يحصل على تعويض . والضرر المقصود بالتحديد هنا ، هو الذى يلحق ذوى الميت فى عاطفتهم وشعورهم الشخصى . فهو ضرر يصيبهم بطريق مباشر . وبذلك يتميز عن الضرر الذى يصيب الميت نفسه . وينتقل إلى ذويه باعتباره تعويضا موروثا.

وقد حددت الفقرة الثانية من المادة الأشخاص الذين يحق لهم المطالبة بالتعويض عن الضرر الأدبى الذى يصبهم من جراء موت المصاب ، وحصرتهم فى طائفتين :

الطائفة الأولى : الأزواج ، فيجوز للزوج الحى المطالبة بتعويض عما أصابه من ضرر أدبى بسبب موت الزوج الآخر .

والطائفة الثانية : الأقارب إلى الدرجة الثانية . وهم الأبوان والجدان والجدتان والأولاد وأولاد الأولاد والإخوة والأخوات .

ويشترط أن يكون هؤلاء موجودين على قيد الحياة فى تاريخ الوفاة دون أن يتسع نطاق هذا الحق إلى من لم يكن له وجود حين الوفاة سواء كان لم يولد بعد أو كان قد مات قبل موت المصاب فإن أيا من هؤلاء يستحيل تصور أن يصيبه ضرر أدبى نتيجة موت قريبهم .

وليس معنى ذلك أن القاضى يتعين عليه أن يحكم بالتعويض لهؤلاء جميعا بحكم صلتهم هذه بالميت .

وإنما يحكم بالتعويض لمن يثبت أنه قد أصابه ألم حقيقى من جراء موت المصاب من بين هؤلاء[١] .

---

(١) عبد المنعم الصده فى مصادر الالتزام ص ٤٩٤ .

ولم يتناول النص إلا حالة الموت ، وترك ما عدا ذلك لتقـدير القاضى . فإذا كان المصاب لم يمت، كما لو أصيب بعاهة مستديمة، فإن القاضى يجب عليه أن يذهب فى التضييق من نطاق الأقـارب الذين يحق لهم المطالبة بالتعويض إلى أبعد مما وقف عنده الـنص. ومن الصعب التسليم بالتعويض عن الضرر الأدبى فى هذه الحالـة لغير الوالدين [١].

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " الأصل فى المساءلة المدنية وجوب تعـويض كـل مـن أصيب بضرر ، يستوى فى ذلك الضرر المادى والضرر الأدبى ، على أنه إذا كان الضرر أدبيا وناشئا عن موت المصاب فإن أقرباءه لا يعوضون جميعهم عن الضرر الذى يصيبهم شخصـيا إذ قصـر المشرع فى المادة ٢/٢٢٢ التعويض على الأزواج والأقارب إلـى الدرجة الثانية ، ولازم ذلك أن المشرع إن كان قد خـص هـؤلاء الأقارب بالحق فى التعويض عن الضرر الأدبى فلـم يكـن ذلـك ليحرمهم مما لهم من حق أصيل فى التعويض عن الضرر المـادى إن توافرت شروطه ".

(طعن رقم ٤٥٠ لسنة ٢٩ ق جلسة ١٩٦٤/٤/٣٠)

---

(١) السنهورى جـ١ ص ٧٣٠ – عبد المنعم الصده ص ٤٩٤ .

٢- " الضرر الأدبى الذى يلحق بالزوج والأقارب - هو ضرر شخصى مباشر - قصر الشارع وفقا لنص المـادة ٢/٢٢٢ مـدنى الحق فى التعويض عنه على الزوج والأقارب إلى الدرجة الثانيـة لما يصبهم من جراء موت المصاب (الزوجة) " .

(طعن رقم ٣٨١ لسنة ٣١ ق جلسة ١٩٦٦/٣/٢٢)

٣- " مفاد النص فى الفقرة الأولى من المادة ٢٢٢ من القـانون المدنى على أن يشمل التعويض الضرر الأدبـى أيضـاً ... وفـى الفقرة الثانية على أنه : " ومع ذلك لايجـوز الحكـم بتعـويض إلا للأزواج والأقارب إلى الدرجة الثانية عما يصيبهم من ألم من جراء موت المصاب " . أن المشرع أتى فى الفقرة الأولى بنص مطلـق من أى قيد أن الأصل فى المساءلة المدنية وجوب تعويض كل مـن أصيب بضرر يستوى فى ذلك الضرر المادى والضـرر الأدبـى، وسواء نجم عن العمل غير المشروع الموت أم اقتصر الأمر علـى مجرد الإصابة ولا يحد من عموم هذه الفقرة ما ورد بالفقرة الثانية من قصر حق التعويض عن الضرر الأدبى فى حالة موت المصاب على أشخاص معينين على سبيل الحصر وهم الأزواج والأقـارب إلى الدرجة الثانية ذلك أن المشرع إن كان قد خص هؤلاء الأقارب بالحق فى التعويض عن الضرر الأدبى فى حالة الموت فلـم يكـن ذلك ليحرمهم مما لهم من حق أصيل فى التعويض عـن الضـرر

الأدبى فى حالة ما إذا كان الضرر أدبيا وناشئا عن الإصابة فقط ، ولو كان المشرع قصد منع التعويض عن الضرر الأدبـــى لـــذوى المصاب في حالة إصابته فقط لما أعوزه النص على ذلك صـــراحة على غرار ما نص عليه فى الفقرة الثانية من المادة ســـالفة الـــذكر حين قيد فيها الأشخاص الذين يحق لهم التعـــويض عـــن الضـــرر الأدبى فى حالة الموت وما يؤكد ذلك أن لفظة إلا وردت قبل تحديد فئات المستحقين للتعويض ولم ترد بعد تعـــدادهم حتـــى ينصـــرف القصد منها فى النص على قصر التعـــويض علـــى حالـــة مـــوت المصاب، وليس معنى ذلك أنه يجوز للمضرورين مهما كانت درجة قرابتهم للمصاب المطالبة بالتعويض عن الضرر الأدبى الذى لحق بهم من جراء إصابته فإن ذلك متروك لمحكمة الموضوع تقدره فى كل حالة على حدة حسبما لحق بالمضرورين مـــن ألـــم ولوعـــة وحسرة من جراء إصابته وبحيث لا يجوز أن يعطى هذا التعويض لغير الأقارب إلى الدرجة الثانية استهداء بما هو منصوص عليه فى الفقرة الثانية التى أعطت لهم هذا الحق فى حالـــة المـــوت وهـــو بطبيعته أشد وطأة من مجرد الإصابة ".

(طعن رقم ٧٥٥ لسنة ٥٩ ق جلسة ١٩٩٣/٤/٢٩)

٤- " مفاد نص المادة ٢٢٢ من القـــانون المـــدنى أن الشـــارع قصر الحق فى التعويض عن الضرر الأدبى الشخصـــى المباشـــر

الذى يصيب الأزواج والأقارب إلى الدرجة الثانية فى عواطفهم وشعورهم من جراء موت المصاب على من كان من هؤلاء موجوداً على قيد الحياة فى تاريخ الوفاة دون أن يتسع نطاق هذا الحق إلى من لم يكن له وجود حين الوفاة سواء كان لم يولد بعد أو كان قد مات قبل موت المصاب فإن أيا من هؤلاء يستحيل تصور أن يصيبه ضرر أدبى نتيجة موته " .

(طعن رقم ٣٣١٢ لسنة ٥٩ ق جلسة ١٩٩٣/١٢/١٩)

٥- " النص فى الفقرة الأولى من المادة ٢٢٢ من القانون المدنىعلى أن يشمل التعويض الضرر الأدبى أيضا ... وفى الفقرة الثانية على أنه : " ومع ذلك لايجوز الحكم بتعويض إلا للأزواج والأقارب إلى الدرجة الثانية عما يصيبهم من ألم من جراء موت المصاب" يدل على أن المشرع أجاز تعويض الضرر الأدبى بالمعنى السابق بيانه دون تخصيص ثم قيد هذا الحق من حيث مستحقيه فقصره فى حالة الوفاة على الأزواج والأقارب إلى الدرجة الثانية ، وهو تحديد لأشخاص من يحق لهم التعويض عن الضرر الأدبى وليس تحديد الحالات وأسباب استحقاقه ، وهو ما ينطبق بدوره- ومن باب أولى- فى تحديد المستحقين للتعويض عن هذا الضرر فى حالة الإصابة " .

(طعن رقم٣٥١٧لسنة٦٢ ق "هيئةعامة" جلسة ١٩٩٤/٢/٢٢)

٦- " مفاد نص المواد ١٦٣ ، ١٧٠، ٢٢١، ٢٢٢/١ من القانون المدنى أن الأصل فى المساءلة المدنية وجوب تعويض كل من أصيب بضرر ، يستوى فى ذلك الضرر المادى والضرر الأدبى فليس فى القانون ما يمنع من أن يطالب غير من وقع عليه الفعل الضار بالتعويض عما أصابه من ضرر أدبى نتيجة هذا الفعل إذ أن الضرر الأصلى الذى يسببه الفعل الضار لشخص معين قد يرتد عنه ضررا آخر يصيب الغير من ذويه مباشرة فيولد له حقا شخصياً فى التعويض مستقلا عن حق من وقع عليه الفعل الضار أصلا ومتميزاً عنه يجد أساسه فى هذا الضرر المرتد لا الضرر الأصلى وإن كان مصدرهما فعلا ضاراً واحداً . والتعويض عن الضرر الأدبى لا يقصد به محوه أو إزالته من الوجود إذ هو نوع من الضرر لا يمحى ولا يزول بتعويض مادى وإنما المقصود به أن يستحدث المضرور لنفسه بديلاً عما أصابه من الضرر الأدبى. فالخسارة لا تزول ولكن يقوم إلى جانبها كسب يعوضها وليس هناك معيار لحصر أحوال التعويض الأدبى إذ كل ضرر يؤذى الإنسان فى شرفه واعتباره أو يصيب عاطفته وإحساسه ومشاعره يصلح أن يكون محلا للتعويض . على أن ذلك لا يعنى أنه يجوز لكل من ارتد عليه ضرر أدبى مهما كانت درجة قرابته لمن وقع عليه الفعل الضار أصلاً ، المطالبة بهذا التعويض إذ أن تقدير ذلك متروك

لمحكمة الموضوع تقدره فى كل حالة على حده . والتعويض هذا يقاس بقدر الضرر المرتد لا الضرر الأصلى وبحيث لا يجوز أن يقضى به لغير الأزواج والأقارب إلى الدرجة الثانية إعمالا للفقرة الثانية من المادة ٢/٢٢٢ من القانون المدنى أو استهداء بها " .

(طعن رقم ٣٦٣٥ لسنة ٥٩ ق جلسة ١٩٩٤/٣/٣٠)

٧- " النص فى المادة ٢/٢٢٢ من القانون المدنى على أنه لايجوز الحكم بتعويض إلا للأزواج والأقارب إلى الدرجة الثانية عما يصيبهم من ألم من جراء موت المصاب . بما مفاده أنه لايكفى ثبوت القرابة بالمتوفى بل لابد من استظهار الألم الذى يصيب قرابته من جراء موته . إذ هما معاً مناط الحكم بالتعويض " .

(طعن رقم ١٠٧ لسنة ٦٧ ق جلسة ١٩٩٨/٤/٢٩)

٨- " لما كان ذلك وكانت الطاعنة قد تمسكت أمام محكمة الاستئناف بدفاع حاصله أن القاصر .... والقاصرة .... لايستحقان تعويضاً عن الضرر الأدبى لصغر سنهما وقت الحادث، واستدلت بما هو ثابت بالقيد العائلى المرفق بالأوراق والثابت به أن الأول قد ناهز عمره السنتين بقليل وأن الثانية لم تتجاوز الشهرين وقت الحادث وكان مؤدى هذا الدفاع أن القاصرين إذ لم يتعديا وقت أن مات شقيقهما - مرحلة المهد ولما تتكون لديهما ملكات الإدراك اللازمة للانفعال بموت شقيقهما وما يستتبعه من ألم وحزن لفراقه-

فإن الحكم المطعون فيه إذ التفت عنه وقضى بتعويضهما عن الضرر الأدبى رغم تخلف مناطه قد عاره الخطأ فى القانون ".

(طعن رقم ١٠٧ لسنة ٦٧ ق جلسة ١٩٩٨/٤/٢٩)

٩- " النص فى المادة ٢٣٥ من قانون المرافعات على أنه : "لاتقبل الطلبات الجديدة فى الاستئناف .. ويجوز للمحكمة أن تحكم بالتعويضات إذا كان الاستئناف قد قصد به الكيد، يدل على أن المشرع اعتبر عدم قبول طلبات جديدة أمام محكمة الاستئناف متعلقاً بالنظام العام وأوجب على تلك المحكمة إذا ما تبينت أن المعروض عليها هو طلب جديد أن تحكم من تلقاء نفسها بعدم قبوله إلا أن يكون هذا الطلب فى حدود الاستثناء الوارد فى الفقرتين الثانية والرابعة فى المادة سالفة البيان ويعتبر الطلب جديداً ولو تطابق مع الطلب الآخر بحيث لا يكون هو ذات الشئ السابق طلبه فلا تعد المطالبة بمبلغ من النقود هو ذات طلب مبلغ آخر منها بمجرد قيام التماثل بينهما متى كان من الممكن أن ترفع به دعوى جديدة دون الاحتجاج بحجية الحكم السابق ومن ثم فإن طلب التعويض عن الضرر الأدبى المرتد مستقل بذاته عن الضرر الأدبى الشخصى ومغاير فلا يجوز قبوله لأول مرة أمام محكمة الاستئناف بمقولة أنه قد تضمنه مبلغ التعويض الذى طلبه المضرور أمام محكمة أول درجة " .

(طعن رقم ١٩٩٥ لسنة ٦١ ق جلسة ١٩٩٦/٤/٢١)

١٠- " إذ كانت المبالغ المقضى بها ..... سواء التى قدرها الحكم المطعون فيه لجبر الضررين الأدبى والموروث لورثة المجنى عليهم المتوفين أو التى قدرها لجبر الضررين المادى والأدبى للمصابين منهم قد جاءت متدنية غير متكافأة مع هذه الأضرار، كما لم يورد الحاكم أسباباً سائغة تبرر هذا التقدير غير المتوازن مجملا القول بأن ذلك التقدير هو التعويض الملائم والمناسب الذى يتكافأ مع ما لحقهم من أضرار فإن يكون مشوباً بالقصور المبطل " .

(طعن رقم ١٧٣٣ لسنة ٦٢ ق جلسة ٢٠٠٠/٢/١)

مـــادة (٢٢٣)

يجوز للمتعاقدين أن يحددا مقدما قيمة التعويض بالنص عليها في العقد أو في اتفاق لاحق ، ويراعى في هـــذه الحالـــة أحكـــام المواد من ٢١٥ إلى ٢٢٠ .

الشـــــرح

الشرط الجزائي :

٢٦٨ـ تعريف الشرط الجزائي :

تتناول هذه المادة الشرط الجزائي .

والشرط الجزائي هو اتفاق سابق على تقدير التعـــويض الـــذى يستحقه الدائن في حالة عدم التنفيذ أو التأخر فيه . فهو تقدير اتفاقي للتعويض بنوعيه ، تقدير يتم الاتفاق عليه قبل وقوع الضرر بالفعل. وهذا الاتفاق قد يرد في العقد أو في اتفاق لا حق . والجـــوهرى أن يكون الاتفاق على التقدير قد وقع قبل وقوع الضرر ، حتى نكـــون أمام شرط جزائي. أما إذا جرى الاتفاق بين الدائن والمـــدين علـــى تقدير التعويض بعد وقوع الضرر بالفعل ، لم نكـــن أمـــام شـــرط جزائي ، بل تصالح وانطبقت الأحكام الخاصـــة بعقـــد الصـــلح لا بالشرط الجزائي[1] .

---

(١) عبد المنعم البدراوى ص ٨١- اسماعيل غانم ص ١١٧ .

٢٦٩- مجال الشرط الجزائى :

أكثر ما يكون الشرط الجزائى بالنسبة للمسئولية العقدية ، حيث يتفق على تعويض يلزم به المدين إذا هو لم ينفذ التزامه التعاقدى أو إذا تأخر فى تنفيذه .

ومثال الشرط الجزائى عن التأخير ما ينص عليه فى عقود المقاولات من إلزام المقاول بدفع مبلغ معين عن كل فترة زمنية معينة يتأخر فيها عن إتمام العمل الذى تعهد به . ومثال ذلك فى عقد التوريد ومن هذا القبيل فى الالتزام بدفع مبلغ من النقود ، الاتفاق على فائدة يلزم بها المدين إذا تأخر فى الوفاء . فالفائدة ، الاتفاقية فى هذه الحالة ليست إلا شرط جزائيا عن التأخير ، ولكنها تخضع لأحكام خاصة سنتناولها فى موضعها .

ومن أمثلة الشرط الجزائى عن عدم التنفيذ أن تعريفة السكك الحديدية وشركات النقل كثيرا ما تحدد مبلغا معينا تدفعه المصلحة أو الشركة إذا ما فقد طرد أو تلف .

ولاتقتصر أمثلة الشرط الجزائى على بعض العقود دون بعض ، بل كثيرا ما نجده فى العقود الجارية كالبيع والإيجار [1].

---

(١) اسماعيل غانم ص ١١٨ ويستطر سيادته (هامش٢) أنه يجب التمييز فى هذا الصدد بين الشرط الجزائى الذى يقدر فيه التعويض تقديرا جزافيا لايجوز للقاضى التعديل فيه بالإنقاص أو الزيادة إلا فى الأحوال

على أن الشرط الجزائى قد يرد أيضا في ميدان المسئولية التقصيرية الناشئة عن العمل غير المشروع . ومثال ذلك أن يتفق صاحب مصنع مع جيرانه على مقدار التعويض عن الضرر الذى قد يصيبهم مستقبلا من الدخان المتصاعد من مداخن المصنع أو من الضجة الناجمة من آلات المصنع [١].

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " اشتراط جزاء عند عدم قيام المتعهد بما التزم به جائز فى كل مشارطة سواء كانت بيعا أو معاوضة أو إجارة أو أى عقد آخر. والعربون بهذا المعنى ليس خاصا بعقود البيع وحدها " .

(طعن رقم ١٨ لسنة ١ ق جلسة ١٩٣١/١٢/١٧)

٢- " الشرط الجزائى متى تعلق بالتزام معين وجب التقيد به وإعماله فى حالة الإخلال بهذا الالتزام أيا كان الوصف الصحيح للعقد الذى تضمنه بيعا كان أو تعهدا من جانب الملتزم بالسعى لدى

التى نص عليها القانون كما سنرى . وبين الشرط الذى يضع حدا أقصى للمسئولية وهو الغالب فى عقود النقل وينحصر أثره فى عدم جواز الحكم بأزيد من المبلغ المحدد ولو زاد الضرر عنه ، أما إذا قل الضرر عن هذا المبلغ تولى القاضى تقدير التعويض على أساس مقدار الضرر الفعلى .

(١) عبد المنعم البدراوى ص ٨١ .

الغير لإقرار البيع . وإذن فإذا كان الحكم مع إثباته إخلال الملتـــزم بما تعهد به بموجب العقد من السعى لدى من ادعى الوكالة عـــنهم لإتمام بيع منزل فى حين أنه التزم بصفة ضامنا متضـــامنا معهـــم بتنفيذ جميع شروط العقد لم يعمل الشرط الجزائى المنصوص عليه فى العقد قولا بأن العقد فى حقيقته لا يعدو أن يكون تعهدا شخصـــيا بعمل معين من جانب المتعهد فإنه يكون قد أخطأ ".

(طعن رقم ٨٧ لسنة ١٨ ق جلسة ١٩٥٠/١/١٢)

٣- " يصح فى القانون تضمين شروط المزايدة – فى العقـــود المدنية التى تبرمها الإدارة بشأن نشاطها الخاص- اتفاقاً علـــى أن تصادر جهة الإدارة التأمين المؤقت المدفوع من المزايـــد الراســـى عليه المزاد إذا لم يكمله عند قبول عطائه أو اعتماد رســـو المـــزاد عليه دون أن يغير هذا الجزاء الذى حدداه من طبيعة هذا الاتفـــاق وأنه شرط جزائى يتضمن تقديراً اتفاقيا للتعويض عنـــد الإخـــلال بشروط المزايدة يخضع لحكم المادة ٢٢٤ من القانون المدنى " .

(طعن رقم ٢٦٩٧ لسنة ٦٠ ق جلسة ١٩٩٤/١١/٢٠)

٢٧٠ـ محل الشرط الجزائى :

يغلب أن يكون التعويض المقرر فى الشرط الجزائى مبلغا مـــن النقود. ولكن ليس هناك ما يمنع من أن يحدد التعويض بغير النقود.

ومن هذا القبيل حالة ما إذا اتفق فى إيجار أرض زراعية على أن يسلم المستأجر الأرض بمجرد انتهاء الإيجار خالية من الزراعة واشترط فى العقد أن الزراعة التى تكون قائمة عند انتهاء الإيجار تصبح ملكا للمؤجر تعويضا له عن الإخلال بهذا الاتفاق .

٢٧١ ـ الشرط الجزائى والعربون :

يجب التمييز بين الشرط الجزائى الذى يتضمن تقديرا اتفاقيا للتعويض عن عدم التنفيذ ، وبين العربون . فدفع العربون وقت إبرام العقد ليس وفاء مسبقا بتعويض . إنما هو يعنى إن سكت المتعاقدان عن بيان دلالته ، أن لكل من المتعاقدين الحق فى العدول عن العقد . فإذا عدل من دفع العربون فقده . وإذا عدل من قبضه رد مثليه . هذا ولو لم يترتب على العدول أى ضرر (م١٠٣). وبالتالى لا محل للنظر ، فى حالة ما إذا نتج ضرر عن العدول ، فيما إذا كان هذا الضرر مناسبا للعربون أم غير مناسب . أما الشرط الجزائى ، وهو تقدير للتعويض عن ضرر يتوقع المتعاقدان حدوثه عند الإخلال بالالتزام ، فلا يكون مستحقا إذا لم يلحق الدائن أى ضرر ويتعين تخفيضه إذا كان مبالغا فيه مبالغة كبيرة كما سنرى .

٢٧٢ ـ الأغراض التى يستعمل الشرط الجزائى فى تحقيقها :

يمكن أن يستعمل الشرط الجزائى لتحقيق أغراض ثلاثة :

١- فهو قد يقوم بدور الشرط المقيد أو المحدد للمسئولية . ويقع هذا عندما يكون مقدار التعويض المحدد مقدما لعدم التنفيذ أقل بشكل ملحوظ عن مقدار الضرر الفعلى الناشئ من جراء عدم التنفيذ .

٢- قد يقوم الشرط الجزائى بدور التقدير الجزافى للتعويض، وذلك فى الحالة التى يكون منها مقدار التعويض المتفق عليه قد قيس بقدر الإمكان على قدر الضرر المتوقع حدوثه بالفعل عند عدم التنفيذ أو عند التأخير فيه . ويهدف الشرط الجزائى فى هذه الحالة إلى توفير المناقشات والجدل حول قدر التعويض بحيث يعلم المدين مقدما مقدار ما سيلزم به عند عدم التنفيذ .

٣- وأخيرا فإن الشرط الجزائى قد يقوم بدور التهديد المالى فهو عندئذ يقوم تقريبا بنفس الدور الذى يقوم به التهديد المالى القضائى (الغرامة التهديدية) . ويقع ذلك عندما يكون مقدار الشرط الجزائى مرتفعا بشكل ملحوظ عن قدر الضرر المتوقع حدوثه . ويغلب عندئذ أن يحدد التعويض مقابل كل فترة (يوم أو أسبوع أو شهر) يتأخر فيها المدين عن التنفيذ مثله فى ذلك مثل الغرامة التهديدية القضائية .

ومن أمثلة ذلك أن يتفق رب العمل مع مقاول على إلزامه بمبلغ معين يلتزم به عن كل يوم يتأخر فيه عن أنجار العمل فى موعـــده المحدد [١].

٢٧٣ ـ طبيعة الشرط الجزائى :

الشرط الجزائى هو قبل كل شئ إتفاق بين طرفين ، وهو بهـــذه الصفة يخضع لمبدأ سلطان الإرادة وتسرى عليه أحكام العقود مـــن حيث أركانه وشروطه وآثاره وبوجه خاص من حيث اعتبار العقـــد شريعة المتعاقدين .

وهو فوق ذلك اتفاق على تقدير التعويض بمبلغ معين ، بحيـــث يقوم هذا التقدير مقام تقدير القاضى للتعويض عند عـــدم الاتفـــاق، الأمر الذى يجعل المبلغ المتفق عليه فى الشرط الجزائى تعويضـــا عن عدم التنفيذ أو عن التأخر فيه ويقتضى بالتالى خضوعه لأحكام التنفيذ بمقابل التى تقدم بيانها[٢] .

وقد أفصحت عن ذلك مذكرة المشروع التمهيدى إذ جاء بها :

" ليس الشرط الجزائى فى جوهره إلا مجـــرد تقـــدير اتفـــاقى للتعويض الواجب أداؤه فلا يعتبر بذاتـــه مصـــدرا لوجـــوب هـــذا التعويض ، بل للوجوب مصدر آخر قد يكون التعاقد فـــى بعـــض

---

(١) عبد المنعم البدراوى ص ٨٢ – نبيل إبراهيم سعد ص ٦٥ .

(٢) سليمان مرقس ص ١٣٧ – نبيل إبراهيم سعد ص ٦٧ .

الصور ، وقد يكون العمل غير المشروع في صور أخرى . فلا بد لاستحقاق الجزاء المشروط ، إذن ، من اجتماع الشروط الواجب توافرها للحكم بالتعويض . وهي الخطأ والضرر والإعذار »(١).

٢٧٤ـ الآثار التي تترتب على كون الشرط الجزائي اتفاق مسبق على تقدير التعويض :

يترتب على تكييف الشرط الجزائي بأنه اتفاق مسبق على تقدير التعويض ، ما يأتي :

الأثر الأول :

الالتزام بالشرط الجزائي تابع للالتزام الأصلي :

الالتزام بالشرط الجزائي هو التزام تابع لا التزام أصيل . أما الالتزام الأصلي الذي يتبعه فهو ما التزم به المدين من عمل أو امتناع أو نقل ملكية .

وهذا يعني أن الشرط الجزائي لايجوز الاتفاق عليه استقلالا، ولكنه دائما يقوم إلى جانب التزام آخر أصلي .

ويترتب على ذلك ما يأتي :

١-أن بطلان الالتزام الأصلي يترتب عليه بالتبعية بطلان الالتزام التبعي وهو الالتزام بالشرط الجزائي . فإذا كان محل الالتزام الأصلي أو سببه غير مشروع بطل وبطل معه الالتزام

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ص ٥٧٣ .

بالشرط الجزائى ، كما إذا تعهد شخص بارتكاب جريمة وإلا التزم بدفع مبلغ من المال . وكذلك لو كان البطلان نسبيا وتمسك به من له حق الإبطال سقط الالتزام الأصلى ومعه الشرط الجزائى ، كما لو عقد العقد بواسطة شخص ناقص الأهلية أو من تعيبت إرادته بعيب من العيوب .

٢- لو سقط الالتزام الأصلى نتيجة استحالة تنفيذه بقوة قاهرة سقط معه الالتزام بالشرط الجزائى .

٣- لو سقط الالتزام الأصلى نتيجة لفسخ العقد سقط معه الالتزام بالشرط الجزائى . ومعنى ذلك أنه إذا أخل المدين بالتزامه ولم يختر الدائن تنفيذ العقد عن طريق المطالبة بالتنفيذ بمقابل أى بقيمة الشرط الجزائى ، ولكنه اختار فسخه ، لم يستطع المطالبة بالشرط الجزائى ، لأنه يسقط معه نتيجة لفسخ العقد . وإنما يكون له فى هذه الحالة أن يطالب بتعويض يقدره القاضى عما يصيبه من أضرار بسبب فسخ العقد.

وذلك ما لم يكن الشرط الجزائى قد أريد به مواجهة الضرر الذى يصيب الدائن نتيجة الفسخ .

٤- أن جميع الأوصاف التى تلحق الالتزام الأصلى من شرط وأجل وتضامن ونحو ذلك ، تلحق بالتبعية الشرط الجزائى ، ويصير هذا الالتزام موصوفا بوصف الالتزام الأصلى .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " الشرط الجزائى التزام تابع للالتزام الأصلى ، إذ هو اتفاق على جزاء الإخلال بهذا الالتزام ، فإذا سقط الالتزام الأصلى بفسخ العقد ، سقط معه الشرط الجزائى فــلا يعتــد بــالتعويض المقــدر بمقتضاه ، فإن استحق تعويض للدائن ، تولى القاضى تقديره وفقــا للقواعد العامة التى تجعل عبء إثبات الضرر وتحققه ومقداره على عاتق الدائن ".

(طعن رقم ٣٤٣ لسنة ٣٦ ق جلسة ١٩٧١/٣/٢٥)

٢- " الشرط الجزائى – وعلى ما جــرى بــه قضـــاء هــذه المحكمة- التزام تابع للالتزام الأصلى إذ هو اتفــاق علــى جــزاء الإخلال بهذا الالتزام ، فإذا سقط الالتزام الأصلى بفسخ العقد ســقط معه الشرط الجزائى ولا يعتد بالتعويض المقدر بمقتضـــاه ، فــإن استحق تعويض للدائن تولى القاضى تقديره وفقا للقواعد العامة التى تجعل عبء إثبات الضرر وتحققه ومقداره على عاتق الدائن ".

(طعن رقم ٦٦٣ لسنة ٤٤ ق جلسة ١٩٧٨/٤/١٨)

٣- " إذا كان الثابت فى الدعوى أن الطرفين اتفقا فى شــروط المزايدة على حق الطاعنة فى مصادرة التأمين المؤقت المرفوع من المطعون ضده إذا لم يتسلم المبيع خلال ثلاثين يوما من تاريخ رسو المزاد فضلا عن التزامه بأجرة التخرين ، وكان هذاالــذى حــدداه

جزاء لإخلال المطعون ضده بالتزامه إنما هو شرط جزائى يتضمن تقديرا اتفاقيا للتعويض ، وكان الشرط الجزائى - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - التزام تابع للالتزام الأصلى إذ هو اتفاق على جزاء الإخلال به فإذا سقط الالتزام الأصلى بفسخ العقد سقط معه الشرط الجزائى ولا يعتد بالتعويض المقدر بمقتضاه ، فإذا استحق تعويض للدائن تولى القاضى تقديره وفقا للقواعد العامة التى تحمل الدائن عبء إثبات الضرر وتحققه ومقداره ، وكان الجزاء الذى تتمسك به الطاعنة وتطلب إعمال حكمه قد سقط بفسخ العقد الأول وإعادة البيع بإجراءات جديدة ورسو المزاد على المطعون ضده بثمن مغاير لثمن البيع الأول، وكان البين من مدونات الحكم المطعون فيه أنه لم يلتزم بقيمة التعويض الاتفاقى الوارد بشروط التعاقد وقدر التعويض المستحق للطاعنة بقيمة الفرق بين سعرى رسو المزادين مضافا إليه مصروفات وأتعاب الخبير فى جلسة المزاد الثانية مسترشدا فى ذلك بظروف الدعوى وملابساتها ومدى الضرر الذى لحق بالطاعنة من جراء إخلال المطعون ضده بالتزاماته فإنه يكون قد انتهى إلى نتيجة صحيحة سائغة لها أصلها الثابت بالأوراق ويكون النعى عليه بمخالفة القانون على غير أساس، ولا يؤثر فى سلامة الحكم ما ورد بأسبابه من تقريرات خاطئة فى شأن ممارسة المحكمة لسلطتها فى تخفيض قيمة

التعويض الاتفاقى طبقا للمادة ٢/٢٢٤ مــن القــانون المــدنى ، إذ لمحكمة النقض تصحيح هذه التقريرات دون أن تنقض الحكم " .

(طعن رقم ٥٣٣ لسنة ٥٣ ق جلسة ١٩٨٨/٤/٤)

٤- الشرط الجزائى التزام تابع للالتزام الأصلى إذ هو اتفاق على جزاء الإخلال بهذا الالتزام ، فإذا سقط الالتزام الأصلى بفسخ العقد ، سقط معه الشرط الجزائــى ولايعتــد بــالتعويض المقــرر بمقتضاه، فإن استحق تعويض للدائن تولى القاضى تقــديره وفقــا للقواعد العامة ".

(طعن رقم ٢٣٢٨ لسنة ٥٧ق جلسة ١٩٩١/٤/١- غير منشور)

الأثر الثانى :

الالتزام بالشرط الجزائى هو التزام احتياطى :

الشرط الجزائى يقوم بدور التعويض ، والتعويض هــو وســيلة احتياطية لا يلجأ إليه إلا عند عدم تنفيذ الالتزام عينا .

وينبنى على ذلك أن الدائن لايستطيع أن يطالــب إلا بــالالتزام الأصلى مادام التنفيذ العينى ممكنا . وإذا كان التنفيذ العينى ممكنــا وعرضه المدين ، فما على الدائن إلا القبول ، ولايســتطيع الــدائن عندئذ مطالبة مدينه بالتعويض أى بالشرط الجزائى ، فالأصل كمــا قلنا هو التنفيذ العينى .

وإنما يستطيع الدائن أن يطالب بقيمة الشرط الجزائى ويســتطيع

المدين أن يعرضه إذا استحال التنفيذ العينى للالتزام بخطأ المـدين. أما إذا أصبح تنفيذ الالتزام مستحيلا بسبب أجنبى لايد للمدين فيه ، فإن الالتزام الأصلى يسقط ، ويسقط معه الالتزام بالشرط الجزائي ، ولأن الشرط الجزائى ليس إلا تقـديرا اتفاقيـا للتعـويض ، وهنـا لايستحق الدائن تعويضا ما .

ومن البديهى أن الشرط الجزائى - وهو احتياطى كما قدمنا - لايمكن أن يجمع مع التعويض ، لأنه بمثابة التعويض . وذلك ما لم يكن الشرط الجزائى قد قصد به التعويض عن التأخر فى التنفيـذ، فيمكن عندئذ أن يجتمع مع التعويض عن عدم التنفيذ .

الأثر الثالث :

الشرط الجزائى هو تقدير جزافى للتعويض :

وهذه أهم خاصية يتميز بها الشرط الجزائى . فالشرط الجزائى كما ذكرنا ليس سوى اتفاق مسبق على التعويض .

وينبنى على ذلك أن الشرط الجزائى لـيس هـو السـبب فـى استحقاق التعويض ومصدره، وإنما ينشأ التعويض من مصدر آخر، هو عدم التنفيذ أو التأخر فيه .

ويترتب على ذلك أنه يشترط لاستحقاق الشرط الجزائى كل ما يشترط لاستحقاق التعويض : الخطأ والضرر وعلاقة السببية ، ثـم الإعذار حيث يكون الإعذار واجبا لاستحقاق التعويض .

وقد نصت المادة ٢٢٣ على ذلك صراحة حيث قررت أنه : "يجوز للمتعاقدين أن يحددا مقدما قيمة التعويض بالنص عليها في العقد أو في اتفاق لاحق . ويراعى في هذه الحالة أحكام المواد من ٢١٥ إلى ٢٢٠ " . وهذه المواد المشار إليها يتناول بعضها شروط الخطأ والضرر وعلاقة السببية (م٢١٥، ٢١٦) ويدخل فيها التعديل الاتفاقي لقواعد المسئولية (م٢١٧) ويتناول بعضها شرط الإعذار (م٢١٨- ٢٢٠) .

ويترتب على ذلك أنه يشترط لاستحقاق الشرط الجزائي وجود خطأ ، وضرر ، وعلاقة السببية والإعذار .

وينبني على ذلك أنه إذا استحال تنفيذ الالتزام الأصلي على الوجه المرضي لسبب أجنبي لا يد للمدين فيه فلا تجوز المطالبة بالشرط الجزائي . ويجب أن يتحقق الضرر بسبب إخلال المدين بالتزامه ، فانتفاء الضرر أو انتفاء السببية بين الخطأ والضرر ، يستتبع سقوط الجزاء المشروط[1] . وهذا ما نعرض له في البند التالي بشئ من التفصيل .

٢٧٥- شروط التمسك بالشرط الجزائي :

يشترط للتمسك بالشرط الجزائي توافر الشروط الآتية :-

---

(١) عبد المنعم البدراوي ص ٨٧ ومابعدها – اسماعيل غانم ص ١٢١ .

(أ) – خطأ المدين : يشترط لاستحقاق الشرط الجزائى وقـوع خطأ من جانب المدين ، فيمتنع عن التنفيذ أو يتأخر فيه . فإذا لـم يكن هناك خطأ من جانب المدين ، لم يلتزم بالتعويض ، وبالتالى لم يكن هناك محل لتطبيق الشرط الجزائى الذى هـو مجـرد تقـدير للتعويض .

ويلتزم الدائن بإثبات خطأ المدين ، ويجوز له إثباته بكافة طرق الإثبات باعتبار أن عدم التنفيذ مسألة مادية .

وفى هذا جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"١- ... فلا بد لاستحقاق الجزاء المشروط ، إذن ، من اجتماع الشروط الواجب توافرها للحكم بالتعويض : وهى الخطأ والضـرر والإعذار " .

" ٢- فيشترط أولا توافر الخطأ . ويتفرع على ذلك أن الجـزاء المشروط لايجوز استيفاؤه ، متى أصبح الوفاء بالالتزام مسـتحيلا، من جراء سبب أجنبى لا يد للمدين فيه (أنظر المادة ١٦٣ فقرة ٢ من تقنين الالتزامات السويسـرى ، والمـادة ٦٧٧ مـن التقنـين البرتغالى) بيد أن الاتفاق على مخالفة هذا الحكم يقـع صـحيحا، بوصفه اشتراطا من اشتراطات التشديد ، يقصد منه إلى تحميل تبعة الحادث الفجائى . ويراعى من ناحية أخرى أن الجزاء المشـروط لايستحق ، إلا إذا كانت استحالة الوفاء عينـا بـالالتزام الأصـيل

راجعة إلى خطأ المدين ، شأنه من هذا الوجه شأن التعويض تماما. فليس للدائن أن يستأدى هذا الجزاء، وليس للمدين أن يعرض أداءه، مادام الوفاء العينى ممكنا ، ومؤدى ذلك أن الشرط الجزائى ليس بمنزله التزام بدلى أو تخييرى (أنظر مع ذلك المادة ١٥٢/٩٨ من التقين المصرى)" [١].

(ب)- ضرر فى جانب الدائن : يشترط أن يكون ثمة ضرر أصاب الدائن ، فلا يستحق الشرط الجزائى إذا لم يكن هناك ضرر أصاب الدائن ، ذلك أن الضرر شرط لاستحقاق التعويض ، وليس الشرط الجزائى – كما رأينا – إلا طريقة من طريق تقدير التعويض.

ولذلك نصت الفقرة الأخيرة من المادة ٢٢٤- كما سنرى- على أنه : " لا يكون التعويض الاتفاقى مستحقا إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أى ضرر ". ويقع عبء إثبات انتفاء الضرر على عاتق المدين .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"٣- ويشترط ، فضلا عما تقدم ، توافر الضرر ، فهو بذاته مناط تقدير الجزاء الواجب أداؤه . ويترتب على هذا أن انتفاء

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٢ ص ٥٧٣ ومابعدها .

الضرر يستتبع سقوط الجزاء المشروط، ويقع عبء إثبات ذلك على عاتق المدين ... الخ " [١].

وقد قضت محكمة النقض بـأن :

١- " لما كان اشتراط الدائن فى العقد جزاء مقدما عند عدم قيام المدين بتنفيذ التزامه جائزا ولا مخالفة فيه للنظـام العـام ، وكـان المدين لم يدع فى كافة مراحل التقاضى أن ضررا لم يعـد علـى الدائن من تقصيره فى تنفيذ تعهده فإن الحكم إذ اقضى بـالتعويض المتفق عليه فى العقد لا يكون قد خالف القانون " .

(طعن رقم ٣٦١ لسنة ٢١ ق جلسة ١٩٥٥/٤/١٤)

٢- " لايكفى لاستحقاق التعويض الاتفاقى مجرد وتوافر ركـن الخطأ فى جانب المدين بالالتزام ، وإنما يشترط أيضا توافر ركـن الضرر فى جانب الدائن ، فإذا أثبت المدين انتفاء الضـرر سـقط الجزاء المشروط ".

(طعن رقم ١٠٢ لسنة ٣٤ ق جلسة ١٩٦٧/١١/١٤)

(ج)- وجود علاقة سببية مباشرة بين الضرر وعدم التنفيذ:

لأن القانون لم يستغن عن شرط الضرر ولا عن شـرط عـدم التنفيذ ، فمن الطبيعى أيضا أن يشترط توافر السببية بين الضـرر وعدم الوفاء .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٢ ص ٥٧٤ .

غير أن إعفاء الدائن من عبء إثبات الضرر - كما سنرى- وافتراض حصول هذا الضرر يجعل من المتعذر تكليف الدائن بإثبات السببية بين الضرر المفترض وعدم الوفاء ، فيتعين القول بأن القانون يفرض السببية أيضا ويعفى الدائن من إثباتها ويلقى على المدين عبء نفيها . فيكفى الدائن أن يثبت عدم الوفاء حتى يصبح الشرط الجزائى واجب التطبيق ما لم يثبت المدين أن الدائن لم يصبه ضرر أو أن الضرر الذى أصابه ليس ناشئا عن عدم الوفاء بل عن سبب أجنبى عنه أو أن عدم الوفاء ناشئ هو ذاته عن سبب أجنبى جعل الوفاء مستحيلا (١).

٤- الإعذار :

فضلا عن الخطأ والضرر ورابطة السببية يشترط لاستحقاق الشرط الجزائى إعذار المدين فى جميع الأحوال التى يكون فيها الإعذار واجبا . فالشرط ما هو إلا اتفاق على التعويض ، وقد رأينا أن الإعذار شرط لازم لاستحقاق التعويض وخصوصا التعويض عن التأخير ، هذا ولا يعد الاتفاق على الشرط الجزائى - فى ذاته- بمثابة اتفاق على الاستغناء عن الإعذار .

---

(١) سليمان مرقس ص ١٤٥ .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"٤- ويشترط أخيرا إعذار المدين . فقد تقدم أن الشرط الجزائى ليس إلا تقديرا للتعويض ، ولما كان التعويض لايستحق إلا بعد الإعذار ، فليس للدائن أن يطالب بتطبيق الجزاء ، إلا بعد اتخاذ هذا الإجراء فى مواجهة المدين . وبديهى أن هذا الحكم لايسرى إلا حيث يكون توجيه الإعذار ضروريا [١].

٢٧٦- لمحكمة الموضوع السلطة التقديرية فى بيان تقصير المدين :

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" إذا نص فى العقد على شرط جزاء عند عدم قيام المتعهد بما التزم به فلمحكمة الموضوع السلطة المطلقة فى اعتبار مقصرا أو غير مقصر حسبما يتراءى لها من الأدلة المقدمة ولا سلطة لمحكمة النقض عليها فى هذا التقدير " .

(طعن رقم ١٨ لسنة ١ ق جلسة ١٩٣١/١٢/١٧)

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٢ ص ٥٧٤ ومابعدها .

مـــادة (٢٢٤)

١- لا يكون التعويض الاتفاقى مستحقا إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أى ضرر .

٢- ويجوز للقاضى أن يخفض هذا التعويض إذا أثبت المدين أن التقدير كان مبالغا فيه إلى درجة كبيرة ، أو أن الالتزام الأصلى قد نفذ فى جزء منه .

٣- ويقع باطلا كل اتفاق يخالف أحكام الفقرتين السابقتين .

الشـــرح

٢٧٧- تطبيق الشرط الجزائى :

لما كان العقد شريعة المتعاقدين ، فإن الشرط الجزائى متى تحققت شروط انطباقه كان ملزما للعاقدين والقاضى ، أى يجب على القاضى أن يحكم على المدين الملتزم بالتعويض بالمبلغ المتفق عليه فى الشرط الجزائى دون زيادة أو نقصان بقطع النظر عن مقدار الضرر الذى أصاب الدائن . ذلك أن المتعاقدين ، باتفاقهما مقدما على مقدار التعويض الذى يستحقه الدائن عن عدم التنفيذ أو التأخير فى التنفيذ ، قد أرادا أن يتجنبا ما يثيره تقدير الضرر الواقع من صعوبات وأن يحسما مقدما ما قد يثور من منازعات فى هذا الصدد (١).

---

(١) اسماعيل غانم ص ١٢٣ .

ولكن استثناء من هذا الأصل سنرى أن المشـرع نـص علـى حالات ثلاث ، يجوز للمدين في حالتين منها طلب تخفيض الجـزاء المشروط ، ويجوز للدائن في الحالة الأخيرة أن يطالب بزيادته .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " الشرط الجزائي متى تعلق بالتزام معين وجب التقيد به وإعماله في حالة الإخلال بهذا الالتزام أيا كان الوصف الصحيح للعقد الذي تضمنه بيعا كان أو تعهدا من جانب الملتزم بالسعي لدى الغير لإقرار البيع . وإذن فإذا كان الحكم مع إثباته إخلال الملتزم بما تعهد به بموجب العقد من السعي لدى من ادعى الوكالة عنهم لإتمام بيع منزل في حين أنه التزم بصفته ضامنا متضامنا معهم بتنفيذ جميع شروط العقد لم يعمل الشرط الجزائي المنصوص عليه في ذلك العقد قولا بأن العقد في حقيقته لا يعدو أن يكون تعهدا شخصيا بعمل معين من جانب المتعهد فإنه يكون قد أخطأ " .

(طعن رقم ٨٧ لسنة ١٨ ق جلسة ١٩٥٠/١/١٢)

٢٧٨- العبرة في توافر الشرط الجزائي بالعقد النهائي : وقد أوضحت ذلك محكمة النقض بقولها :

" العقد النهائي- دون العقد الابتدائي- هو الذي تستقر به العلاقة بين الطرفين ويصبح قانون المتعاقدين ومن ثم فإذا تبين أن عقد البيع النهائي قد خلا من النص على الشرط الجزائي الوارد في عقد

البيع الابتدائى أو الإحالة إليه فإن هذا يدل على أن الطرفين قد تخليا عن هذا الشرط وانصرفت نيتهما إلى عدم التمسك به أو تطبيقه ".

(طعن رقم ٣٤٣ لسنة ٢٣ ق جلسة ١٩٥٨/١/٩)

٢٧٩ـ المطالبة بالشرط الجزائى بطريق الدعوى :

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" الإقرار الصادر من المطعون ضده – سند الدعوى– المتضمن التزامه بسداد المبلغ المطالب به للطاعنة إذا لم يعمل لـــديها مـــدة خمس سنوات فور تخرجه لايعدو أن يكون فى حقيقتـــه تعويضـــا اتفاقيا عن الإخلال بالالتزام الوارد بهذا الإقرار فلا تتوافر للمطالبة به شروط استصدار أمر الأداء ويضحى السبيل إليه هـــو الالتجـــاء إلى الطريق العادى لرفع الدعوى وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر وأيد الحكم الابتدائى فإنه يكون معيبا بمخالفة القانون والخطأ فى تطبيقه " .

(طعن رقم ٣١٤١ لسنة ٦١ ق جلسة ١٩٩٦/١٢/٧)

٢٨٠ـ بطلان شق من العقد لا يمتد إلى الشرط الجزائى :

إذا خلصت المحكمة إلى القضاء بانحلال العقد برمته ، فسخا أو بطلانا ، امتد ذلك إلى كافة بنود العقد بما فيها الشرط الجزائى على نحو ما أوضحنا .

أما إذا خلصت إلى بطلان شق من العقد ، ظل الشــق الآخــر صحيحا متضمنا الشرط الجزائى ، مما يوجب عليها الأخذ به وفقــا للقواعد المقررة له .

ولايستثنى من ذلك إلا إذا كان الشق الباطــل لا ينفصــل عــن التعاقد .

وقد قضت محكمة النقض بـأن :

" إذا كان الحكم المطعون فيه قد قضى بإبطال العقد الابتــدائى المؤرخ ١٩٨٠/١٢/٣١ بالنسبة لمساحة ٢٠س ١٨ط من إجمــالى الأطيان البالغ مساحتها ٤ ط ١ف فإن بطلان هذا الشــق لايترتــب عليه بطلان العقد كله مادام أن الطاعن بصفته لم يقم الدليل على أن الشق الباطل لاينفصل عن جملة التعاقد ، وعلى ذلــك فــإن العقــد الابتدائى سالف البيان يظل صحيحا فى باقى بنوده ومنهــا البنــد التاسع منه الذى تضمن النص على الشرط الجزائى فى حالة عــدم إتمام البيع لأى سبب مادام يثبت أن المطعون ضدهم الستة الأول قد ارتكبوا غشا أو خطأ حسيما ، وإذ التزم الحكم المطعون فيــه هــذا النظر وأعمل الشرط الجزائى المنصوص عليه فى العقد فإنه يكون قد طبق صحيح القانون " .

(طعن رقم ٦٦٧٠ لسنة ٦٢ ق جلسة ٢٠٠٠/٥/١٦)

٢٨١ـ سلطة القاضى فى الشرط الجزائى :

أولاً : عدم الحكم بالشرط الجزائى :

تنص الفقرة الأولى من المادة ٢٢٤ على أنه: " لايكون التعويض الاتفاقى مستحقا إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أى ضرر ".

فقد رأينا أن وجود الضرر شرط أساسى لاستحقاق التعويض ، ومن هذا وجب توفره لإجراء حكم الشرط الجزائى باعتباره تعويضا . والشرط الجزائى يعفى الدائن من إثبات الضرر ، ولكنه ينقل عبء الإثبات إلى عاتق المدين ، فلا يكون على الدائن أن يثبت سوى الإخلال بالالتزام حتى يعتبر أن هناك ضررا قد احقه. ولكن يبقى بعد ذلك أن يدحض المدين هذا الاعتبار ويثبت أن الدائن لم يلحقه أى ضرر وبذلك يسقط الشرط. ويقع باطلا كل اتفاق يخالف ذلك (م٢٢٤/٣ مدنى) .

ثانيا: تخفيض الشرط الجزائى :

يجوز للقاضى تخفيض الشرط الجزائى فى الحالتين الآتيتين :

الحالة الأولى :

إذا أثبت المدين أن التقدير كان مبالغا فيه إلى درجة كبيرة :

يجوز للقاضى تخفيض الشرط الجزائى إذا أثبت المدين أن التقدير كان مبالغا فيه إلى درجة كبيرة .

ويقال فى تبرير هذا الحكم أنه إذا كان الالتزام الأصلى مبلغا من النقود ، فيكون المقصود بالشرط الجزائى المبالغ فيه إخفاء فوائد ربوية يجب تخفيضها إلى الحد القانونى . أما إذا كان محل الالتزام غير ذلك فقد يكون الغرض من المبالغة فى الشرط الجزائى أن يكون بمثابة تهديد مالى أى غرامة تهديدية لحمل المدين على الوفاء ، فيأخذ عندئذ حكم الغرامة التهديدية من حيث إعادة القاضى النظر فى قدر ما يحكم به على المدين من تعويض وفقا للقواعد العامة . فإذا لم يكن الشرط الجزائى فيه معنى التهديد المالى ، كان معنى ذلك أن المتعاقدين قد وقعا فى غلط فى التقدير ، إذ أنهما قدراه على أساس اعتبارات وظروف معينة اتضح بعد ذلك عدم صحتها تماما ، فأصبح التقدير مغالى فيه . كما يجوز أن يكون قبول المدين للشرط الجزائى المبالغ فيه قد صدر تحت نوع من الإكراه وفى هذه الحالات جميعا يجب تخفيض الشرط الجزائى إلى الحد المناسب[١].

ويقع عبء الإثبات على عاتق المدين . فوجود الشرط الجزائى لاينبنى عليه فحسب افتراض أن ضررا قد أصاب الدائن ، بل من المفروض أن تقدير التعويض فيه متناسب مع الضرر الذى وقع .

---

(١) عبد المنعم البدراوى ص ٩٢ ومابعدها – عبد المنعم الصده ص ٤٣ .

ولايكفى أن يثبت المدين أن فى التقدير زيادة ، بــل يتعــين أن يثبت أنه **قد انطوى على مبالغة كبيرة** . فالمشرع إنمــا يعنيــه أن يكون التعويض المشروط متناسبا مع الضرر لامساويا له . ويتفرع على ذلك أنه إذا أثبت المدين ما فى التقدير مــن مبالغــة كبيــرة ، اكتفى القاضى بأن يخفض التعويض إلى الحد المعقول لا إلى الحــد المساوى للضرر(١) .

على أن الأمر فى كل ذلك متروك لقاضى الموضــوع . فــلا رقابة عليه من محكمة النقض فيما يقرر أو ينفيه أو فيما يراه حــدا مناسبا لتخفيضه (٢).

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" ... وإذا كانت قيمة الضرر أقل من مقدار الجزاء المشــروط، وجب إنقاص هذا المقدار ، حتى يكون معادلا لتلك القيمة . وتفريعا

---

(١) وكانت الفقرة الثانية من المادة (٣٠٢) من المشروع التمهيدى المقابلــة للفقرة الثانية من المادة (٢٢٤) مدنى تشــترط أن يثبــت المــدين " أن التقدير كان فادحا " ، وحال مناقشة المادة بلجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ قال سعادة العشماوى باشا إن كلمة "فادحا" الواردة فى الفقرة ٢ من المادة تفيد أن التقدير غير ممكن تحمله وأن المقصود هو أن التقدير غير متناسب واقترح استبدال عبارة " مبالغا فيه إلى درجة كبيرة" بكلمة "فادحا" فوافقت اللجنة على هذا الاقتراح لأن المقصود بفــادح فداحــة التقدير (مجموعة الأعمال التحضيرية جــ٢ ص ٨١٤) .

(٢) السنهورى جــ٢ ص ٨١٤ ومابعدها- اسماعيل غانم ص ١٢٥ ومابعدها .

على ذلك أجيز للمدين أن يطلب انتقاص الجزاء المشروط ، إذ أقام الدليل على وفائه بالالتزام الأصلى وفاء جزئيا ، أو إذا كان هذا الجزاء فادحا بصورة بينة (أنظر استئناف مصر، دوائر مجتمعة ، ٢ ديسمبر سنة ١٩٢٦ المحاماة ٧ ص ٣٣١ رقم ٢٣٢ . وعكس ذلك استئناف مختلط ، دوائر مجتمعة ، ٩ فبراير سنة ١٩٢٢ ب٣٤ ص ١٥٥) [١].

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " وجود الشرط الجزائى يفترض معه أن تقدير التعويض فيه متناسب مع الضرر الذى لحق الدائن وعلى القاضى أن يعمل هذا الشرط إلا إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أى ضرر فعندئذ لا يكون التعويض الاتفاقى مستحقا أصلا ، أو إذا أثبت المدين أن التقدير كان مبالغا فيه إلى درجة كبيرة وفى هذه الحالة يجوز للقاضى أن يخفض التعويض المتفق عليه " .

(طعن رقم ٥٦٣ لسنة ٣٤ ق جلسة ١٩٦٨/١٢/٥)

٢- " إذ كان الثابت من الأوراق أن الطرفين قد اتفقا فى شروط المزايدة على أن لوزارة التموين- الطاعنة- أن تصادر التأمين المؤقت المدفوع من المطعون عليه الأول إذا لم يكمله عند قبول

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٢ ص ٥٧٤ .

عطائه أو اعتماد رسو المزاد عليه ، وإعادة البيع على ذمته حينئذ أو إذا تأخر عن سحب المقادير المبيعة أو بعضها فى الموعد المحدد فضلا عن التزامه بأجرة التخزين والمصاريف الإدارية والفوائد بواقع ٧% سنويا ، وكان هذا الذى حدداه جزاء لإخلال المطعون عليه بالتزاماته إنما هو شرط جزائى يتضمن تقديرا اتفاقيا للتعويض ، فمن ثم يجوز للقاضى عملا بالمادة ٢٢٤ من القانون المدنى أن يخفضه إذا أثبت المدين أن التقدير كان مبالغا فيه إلى درجة كبيرة أو أن الالتزام الأصلى نفذ فى جزء منه " .

(طعن رقم ٧١ لسنة ٣٦ ق جلسة ١٩٧٠/٤/٣٠)

٣- " التعويض الاتفاقى وفقا لما تقضى به المادة ٢٢٤ من القانون المدنى يخضع لتقدير قاضى الموضوع فيجوز أن يخفضه إذا أثبت المدين أن التقدير كان مبالغا فيه إلى درجة كبيرة أو أن الالتزام الأصلى قد نفذ فى جزء منه مما يكون معه هذا التعويض قابلا بطبيعته للمنازعة من جانب المدين " .

(طعن رقم ٣١٤١ لسنة ٦١ ق جلسة ١٩٩٦/١٢/٧)

الحالة الثانية :

إذا نفذ الالتزام الأصلى فى جزء منه :

إذا كان المدين قد نفذ بعض الأعمال التى التزم بها وتخلف عن تنفيذ بعضها الآخر ، فإن تقصيره فى هذه الحالة بعد تقصيرا جزئيا

يجيز للمحكمة تخفيض التعويض المتفق عليه إلى الحد الذى يتناسب مع مقدار الضرر الحقيقى .

ويشترط بطبيعة الحال أن تكون الأعمال التى نفذت مفيدة وليست تافهة .

وفى هذه الحالة يكون تخفيض التعويض بنسبة ما نفذ من الالتزام .

وأساس هذا الحل أن الشرط الجزائى إنما وضع لحالة عدم قيام المدين بالتزامه أصلا ، فلا يكون فى تخفيض التعويض فى هذه الحالة أى مساس بما اتفق عليه العاقدان .

وكل اتفاق يخالف هذا الحكم يكون باطلا . إذ يعتبر هذا الحكم مما يتعلق بالنظام العام[1] .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- " إذا كانت واقعة الدعوى محكومة بالقانون المدنى القديم ، وكان المدين قد نفذ بعض الأعمال التى التزم بها وتخلف عن تنفيذ بعضها الآخر ، فيعتبر تقصيره فى هذه الحالة تقصيرا جزئيا يجيز للمحكمة أن تخفض التعويض المتفق عليه إلى الحد الذى يتناسب مع مقدار الضرر الحقيقى الذى لحق الدائن . ولا محل للتحدى

---

(١) السنهورى ص ٨١٢ ومابعدها – عبد المنعم الصده فى أحكام الالتزام ص ٤٢ ومابعدها .

بظاهر نص المادة ١٢٣ من القنون المدنى القديم ، ذلك فى مجـال إنزال حكم هذا النص أن يكون عدم الوفاء كليا " .

(طعن رقم ١٩٥ لسنة ٢١ ق وطعن رقم ٣٢٣ لسنة ٢١ق جلسة ١٩٥٥/٢/١٧)

٢- (أ)- " إذا اتفق فى عقد بيع بضاعة على شرط جزائـى ، وقرر الحكم أن كلا الطرفين قد قصر فى التزامه وقضى لأحدهما بتعويض على أساس ما لحقه من خسارة وما فاته من ربح بسـبب تقصير الطرف الآخر وحدد هذا التعويض على أساس ربح قـدره بنسبة معينة من ثمن البضاعة – فإن من مقتضى ما قـرره الحكـم من وقوع تقصير من المحكوم له أيضا أن يبين مقدار ما ضاع عليه من كسب وما حل به من خسارة بسبب تقصير المحكوم عليـه وأن يحمله مقدار ما حل به من خسارة وما ضاع عليه من كسب نتيجـة تقصيره هو – فإذا كان الحكم لم يبين ذلك ولـم يـذكر العناصـر الواقعية التى بنى عليها تحديد التعويض على أساس الـربح الـذى قدره – فإنه يكون مشوبا بالقصور ".

(طعن رقم ٩٢ لسنة ٢٣ ق جلسة ١٩٥٧/١٢/١٩)

(ب)- لا محل للحكم بما تضمنه الشرط الجزائى مادام الحكـم قد أثبت أن كلا من المتعاقدين قد قصر فى التزامه " .

(طعن رقم ٩٢ لسنة ٢٣ ق جلسة ١٩٥٧/١٢/١٩)

٣- " إذا كان الثابت من وقائع النزاع أن المدين (البائع) قد نفذ بعض الأعمال التى التزم بها وتخلف عن توريد باقى الأقطان المتفق عليها للمشترى فإن تقصيره فى هذا الشأن يكون تقصيرا جزئيا يبيح للقاضى- على ما جرى به قضاء محكمة النقض- أن يخفض التعويض المتفق عليه إلى الحد الذى يتناسب مع مقدار الضرر الحقيقى الذى لحق الدائن مما يدخل تقديره فى سلطان محكمة الموضوع ".

(طعن رقم ٣٣٩ لسنة ٢٧ ق جلسة ١٩٦٢/١٢/٢٧)

٢٨٢- التمسك بتخفيض الشرط الجزائى دفاع جوهرى : وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" إذ كانت المادة ٢٢٤ من القانون المدنى قد أجازت للقاضى أن يخفض مقدار التعويض الاتفاقى إذا أثبت المدين أنه كان مبالغا فيه إلى درجة كبيرة وكانت الطاعنة قد تمسكت فى مذكرتها المقدمة لمحكمة الاستئناف بأن مقدار التعويض الاتفاقى مبالغ فيه إلى درجة كبيرة وطلبت إحالة الدعوى إلى التحقيق لإثبات ذلك فإن الحكم إذ قضى بالتعويض الاتفاقى دون أن يعرض لهذا الدفاع رغم أنه جوهرى قد يتغير به وجه الرأى فى الدعوى فإنه يكون مشوبا بالقصور".

(طعن رقم ٩٢٨ لسنة ٥٢ ق جلسة ١٩٨٣/٣/١٠)

مـــادة (٢٢٥)

إذا جاوز الضرر قيمة التعويض الاتفاقى فلا يجوز للـــدائن أن يطالب بأكثر من هذه القيمة إلا إذا أثبت أن المدين قد ارتكب غشا أو خطأ جسيما .

الشـــرح

٢٨٣ـ سلطة القاضى فى زيادة الشرط الجزائى :

إذا كان التعويض الاتفاقى أقل من الضرر الواقع ، فالأصل أن القاضى لايزيده ليكون مساويا للضرر ، بل يحكم بـــه كمـــا هـــو . ويكون الشرط الجزائى فى هذه الحالة بمثابـــة تخفيـــف لمســـئولية المدين والاتفاق على التخفيف من المسئولية أو الإعفاء منها جـــائز فى نطاق المسئولية العقدية إلا ما ينشأ عن غش المـــدين أو عـــن خطئه الجسيم إذ نصت الفقرة الثانية من المادة ٢١٧ على أنه يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من أية مسئولية تترتب على عـــدم تنفيـــذ التزامه التعاقدى إلا ما ينشأ عن غشه أو خطئه الجسيم " . ويتضح من ذلك أن المادة ٢٢٥ ليست سوى تطبيق للمادة ٢/٢١٧.

ولذلك يتعين استكمال حكم المـــادة (٢٢٥) علـــى أســـاس مـــا تضمنته المادة ٢/٢١٧ من أنه : "يجوز للمدين أن يشـــترط عـــدم مسئوليته عن الغش أو الخطأ الجسيم الـــذى يقـــع مـــن أشـــخاص يستخدمهم فى تنفيذ التزامه " . وعلى ذلك فلا يصح الحكم بزيـــادة

التعويض المتفق عليه إذا كان الغش أو الخطأ الجسيم لم يصدر من المدين شخصيا بل وقع من أحد هؤلاء الأشخاص .

وهذه الأحكام تتعلق بالنظام العام فلا يجوز الاتفاق على ما يخالفها . وكل اتفاق من هذا القبيل يقع باطلا .

وعلى ذلك إذا اتفق الطرفان على شرط جزائى يكون من التفاهة بحيث يكون المقصود به أن يصل المدين إلى اشتراط إعفائه من مسئوليته التقصيرية ، ففى هذه الحالة يكون الشرط الجزائى باطلا ، وللقاضى أن يحكم بتعويض أزيد بكثير من التقدير التافة الذى ورد فى الشرط الجزائى متوخيا فى ذلك تطبيق القواعد العامة فى التقدير القضائى للتعويض (١).

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" أما إذا جاوزت قيمة الضرر مقدار الجزاء ، فليس للدائن أن يطالب بزيادة هذا المقدار ، إلا إذا أقام الدليل على أن المدين قد ارتكب غشا أو خطأ جسيما ، ذك أن الشرط الجزائى ، فى أحوال الخطأ البسيط ، يكون بمثابة اشتراط مز اشتراطات الإعفاء من المسئولية من وجه ، وغنى عن البيان أن تلك الاشتراطات تكون صحيحة فيما يتعلق بالخطأ التعاقدى البسيط ، وتبطل فيما يتعلق بالغش والخطأ الجسيم .

---

(١) اسماعيل غانم ص ١٢٦ – نبيل إبراهيم سعد ص٧٧ ومابعدها .

وكذلك يكون الحكم إذا قصد من المبالغة فى تفاهة مقدار الجزاء المشروط إلى ستر حقيقة اشتراط من اشـتراطات الإعفـاء مـن المسئولية (أنظر المادة ٢٦٧ من التقنين اللبنانى) [١].

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٢ ص ٥٧٤ .

مـــادة (٢٢٦)

إذا كان محل الالتزام مبلغا من النقود ، وكان معلـــوم المقــدار وقت الطلب ، وتأخر المدين فى الوفاء به ، كان ملزما بأن يـــدفع للدائن على سبيل التعويض عن التأخر فوائد قـــدرها أربعـــة فـــى المائة فى المسائل المدنية وخمسة فى المائة فى المسائل التجارية. وتسرى هذه الفوائد من تاريخ المطالبة القضائية بها إن لم يحـــدد الاتفاق أو العرف التجارى تاريخا آخر لسريانها ، وهذا كله ما لم ينص القانون على غيره .

الشـــرح

التعويض القانونى :

٢٨٤ـ أنواع الفوائد القانونية :

قد يكون محل الالتزام مبلغا من النقود ، أيا كان مصـــدره ، أى سواء أكان هذا المصدر تصرفا قانونيا (عقـــد أو إرادة منفـــردة أو عملا غير مشروع أو إثراء بلا سبب) . والالتزام بأداء مبلغ مـــن النقود هو دائما من الالتزامات التى يكون التنفيذ العينى فيها ممكنا. ومن ثم فإن التعويض عن عدم التنفيذ (أى التنفيذ بمقابـــل) لايثـــور أمره فى هذا النوع من الالتزامات ، وإنمـــا قـــد يثـــور موضـــوع التعويض عن التأخير فى التنفيذ . ويكون التعـــويض عندئـــذ فـــى صورة فوائد . وهى تسمى لذلك فوائد التأخير .

ففوائد التأخير إذن هى الفوائد المستحقة عن التأخير فى تنفيذ التزام بمبلغ من النقود عن الأجل المحدد لوفائه .

وفوائد التأخير قد تتحدد بمقتضى اتفاق ، ويكون ذلك فى الغالب حيث يكون مصدر الالتزام هو العقد فيتفق الطرفان على أنه إذا تأخر المدين فى وفاء المبلغ سرت فى حقه الفوائد من يوم الاستحقاق بواقع سعر معين يحدده الطرفان . على أنه لايجوز أن يتجاوز هذا السعر الحد الأقصى الذى يحدده القانون للفوائد .

فإذا لم يحدد الطرفان فائدة تستحق كتعويض عن التأخير ، فإن القانون يجيز للدائن – رغم عدم الاتفاق – أن يطالب المدين بفائدة عن التأخير . وتسرى الفائدة عن التأخير عندئذ بسعر قانونى حدده المشرع وبشروط بينها .

وهناك نوع آخر من الفوائد قد يشترطه المتعاقدان ، وهذه هى الفوائد التى تستحق فى مقابل انتفاع المدين بمبلغ من النقود خلال مدة معينة هى مدة الأجل . ومثالها أن يقرض شخص آخر مبلغا من النقود مستحق الدفع بعد كذا سنة ، فى مقابل فائدة سنوية يحددانها. وكأن يتفق البائع مع المشترى على تقسيط الثمن أو تأجيله فى مقابل فائدة سنوية . ويسميها البعض من الشراح الفوائد التعويضية ، ويسميها البعض الآخر فائدة الاستثمار ، وهذه الفائدة تسرى من يوم نشوء الدين حتى أجل استحقاقه . فإذا تأخر المدين

عن الوفاء فى الموعد المتفق عليه استمر سريان الفائدة بنفس السعر المتفق عليه إلى حين اقتضاء الدائن دينه بالفعل ، وتصبح الفائدة عندئذ فائدة تأخيرية . ويقدر الطرفان دائما فائدة الاستثمار بإرادتهما وبالسعر الذى يريانه ، وذلك فى حدود السعر الأقصى الذى يحدده القانون .

فإذا لم يشترط المتعاقدان الفائدة التعويضية عدالدين بدون فائدة. وفى هذا تقرر المادة ٥٤٢ مدنى أنه : " على المفترض أن يدفع الفوائد المتفق عليها عند حلول مواعيد استحقاقها . فإذا لم يكن هناك اتفاق على فوائد اعتبر القرض بغير أجر ".

(أنظر فى التفصيل المجلد الثامن) .

٢٨٥- شروط استحقاق فوائد التأخير :

يشترط لاستحقاق فوائد التأخير توافر الشروط الآتية :

١- وجود التزام بدفع مبلغ من النقود :

أشرنا فيما تقدم إلى أن التعويض القانونى يتحدد نطاقه بالالتزامات التى يكون محلها مبلغا من النقود . فالعبرة بمحل الالتزام ، مادام هذا المحل هو دفع مبلغ من النقود ، إذ من الجائز أن تكون هناك فوائد مستحقة إذا توافرت شروطها .

وبناء على ذلك فإنه لا عبرة بمصدر الالتزام ، فالالتزام بدفع

مبلغ من النقود أيا كان مصدره يمكن أن يستحق عنه فوائد ، فقد يكون هذا المصدر عقدا ، وهو الغالب ، مثل التزام المقترض برد مبلغ القرض ، والتزم المشترى بدفع الثمن ، والتزام المستأجر بدفع الأجرة إذا كانت نقودا ، والتزم الشريك بتقديم حصته فى الشركة، إذا كانت هذه الحصة مبلغا من النقود. وقد يكون مصدر الالتزام رد غير المستحق إذا كان ما دفع دون حق مبلغا من النقود ، أو نص القانون ، كالالتزام بدفع النفقة ، إذا قدرت بمبلغ من النقود كما هو الغالب [١].

٢- أن يكون مبلغ النقود معلوم المقدار عند الطلب :

لاتسرى الفائدة التأخيرية إلا إذا كان المبلغ محل الالتزام معلوم المقدار وقت الطلب .

وليس المقصود بهذا الشرط أن يكون الدين خاليا من النزاع وقت الطلب ، لأن فهمه على هذا الوجه يجعل سريان فوائد التأخير رهنا بمشيئة المدين إذ يكفيه لمنع سريانه أن ينكر الدين أو ينازع فيه ، ولا يعقل أن يقصد المشرع ذلك .

وكذلك ليس مقصود به أنه يتحقق بمجرد تحديد الدائن فى عريضة دعواه المبلغ الذى يطالب به مدينه ، لأن ذلك يجعل سريان الفوائد رهنا بإرادة الدائن ، وهذا لايجوز .

---

(١) نبيل إبراهيم سعد ص ٨٠- سليمان مرقس ص ١٥٨ .

وإنما المقصود به أن يكون الدين ، ولو لم يكن خاليا من النزاع فيما يتعلق بثبوته ، ممكنا تقديره على أسس ثابتة لاتحتمل خلافا أو تفاوتا كبيرا ، ولو لم يكن الدائن قد حدد مقدار الدين فى الطلب ، إذ لا عبرة بتحديد الدائن ، وإنما المعول عليه الأسس الثابتة التى يقوم عليها تقدير الدين [١].

فالدين الناشئ من العقد كالقرض أو الأجرة أو باقى الثمن تكون له – ولو لم يكن خاليا من النزاع – أسس ثابتة فى العقد تجعله معينا منذ نشوئه أو على الأقل ممكنا تقدير وقت الطلب . ولا يكون للقاضى إلا التثبت من نشوء هذا الدين ومراجعة تقديره الدائن إياه على تلك الأسس الثابتة ، ولذلك يعتبر معلوم المقدار وقت طلبه .

وكذلك إذا كان الدين ناشئا من فعل نافع كعمل الفضولى أو دفع مالا يجب ، فإنه بقطع النظر عن المنازعة فى نشوئه أو عدمه يكون معلوم المقدار وقت الطلب لأن القانون قد حدد الأسس التى يقوم عليها تقدير الدين الذى يلزم به رب العمل فى الفضالة أو من تسلم غير المستحق أو من أثرى على حساب الغير ، وهى ما أنفقه الفضولى فى الحالة الأولى ، وما قبضه المستلم فى الحالة الثانية، وأقل القيمتين من الافتقار أو الإثراء فى الحالة الثالثة. وهى كلها أسس ثابتة لاتحتمل فى تطبيقها كثير تفاوت .

---

(١) سليمان مرقس ص ١٥٩ ومابعدها – اسماعيل غانم ص ١٣٦ .

وكذلك فيما يتعلق بدين النفقة التى يوجبها القانون ، فمن المسلم أنه لا ينشأ إلا بالتراضى أو بقضاء القاضى ، فهو إذن معلوم المقدار من وقت نشوئه .

أما إذا كان الدين غير معلوم المقدار عند الطلب ، فإن الفوائد لاتستحق إلا من تاريخ الحكم النهائى الصادر بالدين باعتبار أنه التاريخ الذى يصبح فيه محل الالتزام معلوم المقدار .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- " تشترط المادة ٢٢٦ من القانون المدنى لاستحقاق الفوائد التأخيرية أن يكون محل الالتزام مبلغا من النقود معلوم المقدار وقت الطلب ، ويدخل فى هذا النطاق مقابل الإجازة وبدل الإنذار ومكافأة نهاية الخدمة إذ هى محددة بمقتضى قانون عقد العمل الفردى وليس للقاضى سلطة تقديرية فى تحديدها وبالتالى فهى لاتعتبر فى حكم التعويض ".

(طعن رقم ٤٣٨ لسنة ٣٠ ق جلسة ١٩٦٤/١/٨)

٢- " مفاد نص المادة ٢٢٦ من القانون المدنى والأعمال التحضيرية لهذه المادة أن لاتسرى الفوائد من تاريخ المطالبة القضائية إلا على المبالغ التى تكون معلومة المقدار وقت رفع الدعوى ، والمقصود بكون محل الالتزام معلوم المقدار أن يكون

تحديد مقداره قائما على أسس ثابتة لا يكون معها للقضاء سلطة فى التقدير ، ولما كان ما يستحقه المالك مقابل نزع ملكيته للمنفعة العامة يعتبر تعويضا عما ناله من الضرر بسبب حرمانه من ملكه جبرا عنه للمنفعة العامة ، وهذا التعويض هو مما يكون للقاضى سلطة واسعة فى تقديره ، فإن تحديد المالك ما يطلبه فى صحيفة دعواه لايجعله معلوم المقدار وقت الطلب بالمعنى الذى يقصده القانون وإنما يصدق عليه هذا الوصف بصدور الحكم النهائى فى الدعوى".

(طعن رقم ٣٣٠ لسنة ٢٩ ق جلسة ١٩٦٤/٦/٢٥)

٣- " إذ اشترطت المادة ٢٢٦ من القانون المدنى لاستحقاق الفوائد التأخيرية أن يكون محل الالتزام مبلغا من النقود معلوم المقدار وقت الطلب فإن المبالغ المحكوم بها وهى مرتب شهر والمكافأة السنوية ومقابل إجازة السنة الأخيرة ومكافأة نهاية الخدمة مما يدخل فى هذا النطاق إذ هى محددة بمقتضى قانون عقد العمل وليس للقاضى سلطة تقديرية فى تحديدها " .

(طعن رقم ١١٥ لسنة ٣٤ ق جلسة ١٩٦٨/٣/٢٠)

٤- " المقصود بكون المبلغ محل الالتزام معلوم المقدار وقت الطلب كشرط لسريان فوائد التأخير من تاريخ المطالبة القضائية وفقا لنص المادة ٢٢٦ من القانون المدنى هو ألا يكون المبلغ المطالب به تعويضا خاضعا فى تحديده لمطلق تقدير القضاء ، أما

حيث يكون التعويض مستنداً إلى أسس ثابتة باتفاق الطرفين بحيث لايكون للقضاء سلطة رحبة فى التقدير ، فإنه يكون معلوم المقدار وقت الطلب ولو نازع المدين فى مقداره ، إذ ليس من شأن منازعة المدين إطلاق يد القضاء فى التقدير بل تظل سلطته التقديرية محددة النطاق ومقصورة على حسم النزاع فى حدود الأسس المتفق عليها".

(طعنان رقما ١٨٨، ١٩٣ لسنة ٤٢ ق جلسة ١٩٧٦/٦/١٤)

٥- " تشترط المادة ٢٢٦ من القانون المدنى الحالى لسريان الفوائد من تاريخ المطالبة القضائية أن يكون محل الالتزام مبلغا من النقود معلوم المقدار وقت الطلب ، والمقصود بكون الالتزام معلوم المقدار – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة- أن يكون تحديد مقداره قائما على أسس ثابتة لا يكون معها للقضاءسلطة فى التقدير، وإذ كان التعويض المستحق للطاعنين عن حرمانهم من الانتفاع بالمنشآت المراد إقامتها هو مما يخضع للسلطة التقديرية للمحكمة ، فإن تحديدهم لما يطلبونه فى صحيفة دعواهم لايجعله معلوم المقدار وقت الطلب بالمعنى الذى قصده القانون وإنما يصدق عليه هذا الوصف بصدور الحكم النهائى فى الدعوى ، فلا تسرى الفائدة عليه إلا من تاريخ صدور الحكم النهائى " .

(طعنان رقم ٤٧٥ ، ٤٨٧ لسنة ٣٩ ق جلسة ١٩٧٦/١٢/٣٠)

٦- " تشترط المادة ٢٢٦ من القانون المدنى لسريان الفوائد من تاريخ المطالبة القضائية أن يكون محل الالتزام مبلغاً من النقود معلوم المقدار وقت الطلب والمقصود بكون الالتزام معلوم المقدار- وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة- أن يكون تحديد مقداره قائماً على أسس ثابتة لا يكون معها للقضاء سلطة فى التقدير ، وإذ كان التعويض المطلوب هو مما يخضع للسلطة التقديرية للمحكمة فإن تحديده في صحيفة الدعوى لا يجعله معلوم المقدار وقت الطلب بالمعنى الذى قصده القانون وإنما يصدق عليه هذا الوصف بصدور الحكم النهائى فى الدعوى ولاتسرى الفائدة عليه إلا من تاريخ صدور الحكم النهائى ".

(طعن رقم ٥٤٢ لسنة ٥٠ ق جلسة ١٩٨٣/٤/١٤)

٧- " المقصود بكون المبلغ محل الالتزام معلوم المقدار وقت الطلب كشرط لسريان فوائد التأخير من تاريخ المطالبة القضائية وفقا لنص المادة ٢٢٦ من القانون المدنى هو ألا يكون المبلغ المطالب به تعويضاً خاضعاً فى تحديده لمطلق تقدير القضاء أما حيث يكون التعويض مستنداً إلى أسس ثابتة بحيث لايكون للقضاء سلطة رحبة فى التقدير فإنه يكون معلوم المقدار وقت الطلب ولو نازع المدين فى مقداره ، إذ ليس من شأن منازعة المدين إطلاق يد القضاء فى التقدير بل تظل سلطته التقديرية محدودة النطاق ومقصورة على حسم النزاع فى حدود الأسس المتفق عليها " .

(طعن رقم ١١٦٢ لسنة ٤٩ ق جلسة ١٩٨٦/٢/٢٤)

٨- " مفاد نص المادة ٢٢٦ من القانون المدنى أن الفوائد تسرى من تاريخ المطالبة القضائية على المبالغ التى تكون معلومة المقدار وقت رفع الدعوى متى كان تحديدها قائما على أسس ثابتة لايكون معها للقضاء سلطة فى لتقدير ولو نازع المدين فى مقدارها أما إذا كان المبلغ المطالب به تعويضاً مما يخضع فى تحديده للسلطة التقديرية للمحكمة فإنه لا يكون معلوم المقدار وقت الطلب بالمعنى الذى قصده القانون وإنما يصدق عليه هذا الوصف بصدور الحكم النهائى فى الدعوى فتسرى عليه الفائدة من تاريخ صدوره".

(طعن رقم ٢١٩٣ لسنة ٥٢ ق جلسة ١٩٨٧/١٢/١٦)

٩- " مؤدى نص المادة ٢٢٦ من القانون المدنى - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة- أن الفوائد القانونية تسرى من تاريخ المطالبة القضائية كلما كان محل الالتزام مبلغا من النقود معلوم المقدار وقت الطلب بمعنى أن يكون تحديد مقداره قائما على أسس ثابتة لا يكون معها للقضاء سلطة فى التقدير ، لما كان ذلك وكان الالتزام محل المنازعة عبارة عن الرسوم الجمركية المستحقة عن النقص غير المبرر فى مشمول رسالة التداعى والمحدد نسبتها وأساس تقديرها بمقتضى القوانين والقرارات المنظمة لها بما لم يعد معه للقضاء سلطة فى التقدير وبالتالى فإن الفوائد القانونية المستحقة عنها تسرى من تاريخ المطالبة بها " .

(طعن رقم ١٧٠ لسنة ٥٥ ق جلسة ١٩٩٤/٦/٢٠)

١٠- " لما كانت المادة ٢٢٦ من القانون المدنى قد اشـــترطت لسريان الفوائد من تاريخ المطالبة القضائية أن يكون محل الالتـــزام مبلغاً من النقود معلوم المقدار وقت الطلب ، والمقصود بكون محل الالتزام معلوم المقدار – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمـــة- أن يكون تحديد مقداره قائماً على أسس ثابتة لا يكون معها للقضاء سلطة فى التقدير ، وإذ كان الحكم المطعون فيه قد انتهى إلى ثبوت عجز في البضاعة موضوع الدعوى وقـــدر فـــى جـــدود ســـلطته الموضوعية ما ارتآه مناسباً من تعويض فإن مفاد ذلك أن التعويض المقضى به لم يكن معلوم المقدار وقت رفع الدعوى مما يتعين معه سريان الفوائد اعتبارا من تاريخ صيرورة الحكم به نهائياً وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر فإنه يكون قـــد أخطـــأ فـــى تطبيـــق القانون".

(طعن رقم ٢٠٤٣ لسنة ٥٩ ق جلسة ١٩٩٦/٢/١)

١١- " المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن مؤدى نـــص المـــادة ٢٢٦ من القانون المدنى أن الفوائد القانونية تســـرى مـــن تـــاريخ المطالبة القضائية كلما كان محل الالتزام مبلغاً من النقـــود معلـــوم المقدار وقت الطلب بمعنى أن يكون تحديد مقداره قائماً على أســـس ثابتة لا يكون معها للقضاء سلطة فى التقدير ، لما كان ذلك وكـــان المبلغ المقضى به والمطالب بالفوائد القانونية عنه عبارة عن رسوم

جمركية مستحقة على استيراد المطعون ضده لسيارة تحت نظام الإفراج المؤقت ومحدد نسبتها وأساس تقديرها بمقتضى القانون ٦٦ لسنة ٦٣ والقرار الوزارى رقم ٦ لسنة ١٩٦٨ بما لم يعد معه للقضاء سلطة فى التقدير وبالتالى فإن الفوائد القانونية المستحقة تسرى من تاريخ المطالبة به " .

(طعن رقم ٤٨٩ لسنة ٥٩ ق جلسة ١٩٩٦/٣/١٤)

٢٨٦- الالتزام بالتعويض عن العمل غير المشروع غير معلوم المقدار :

الالتزام بالتعويض عن عمل غير مشروع ، لايمكن اعتبار محله معلوم المقدار ، لأن القاضى هو الذى يحدد مقدار التعويض، ولأن المشرع – ولو أنه وضع لهذا التقدير بعض الأسس الثابتة التى تجعل التعويض يشمل ما لحق المضرور من خسارة وما فاته من كسب بشرط أن يكون ذلك نتيجة طبيعية للفعل الضار ، قد وسع من سلطة القاضى فى هذا التقدير إذ نص فى المادة ١٧٠ على أن يقدر القاضى مدى التعويض عن الضرر الذى لحق المضرور طبقا لأحكام المادتين ٢٢١، ٢٢٢ " مراعيا فى ذلك الظروف الملابسة". وظاهر أن هذا العنصر الأخير، عنصر الظروف الملابسة ، لايعتبر أساسا ثابتا بل هو كثير المرونة، وتدخل فيه جسامة الخطأ

ويسار المسئول وفقر المضرور إلخ . وهى كلها اعتبارات فيها مجال لاختلاف التقدير والتفاوت كبير [١].

(١) سليمان مرقس ص ١٦٠- اسماعيل غانم ص ١٣٩- نبيل سعد ص ٨٠-
وكانت المادة (٣٠٤) من المشروع التمهيدى للتقنين المدنى (المقابلة للمادة ٢٢٦) مدنى تشترط أن يكون محل الالتزام " **معلوم المقدار وقت نشوء الالتزام** "- فكان هذا الشرط يخرج من منطقة استحقاق الفوائد الالتزام بالتعويض إذا كان ناشئا عن عمل غير مشروع .
وحال مناقشة المادة بلجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ اقترح بعض حضرات مستشارى محكمة النقض والإبرام حذف عبارة " وكان معلوم المقدار وقت نشوء الالتزام " من المادة ٢٢٦ لأن فى هذا القيد ما ينافى قاعدة أن الأحكام مقررة للحق وليست منشئة له وفيه حماية للمماطل وانتقاص لحق الدائن بدين سببه عمل ضار . إلا أن اللجنة لم تر الأخذ بهذا الاقتراح .
وقد جاء بتقريرها : " اقترح حذف عبارة " وكان معلوم المقدار وقت نشوء الالتزام " ، من صدر المادة ٢٢٦ الخاصة باستحقاق فوائد التأخير. وبحذف هذه العبارة تستحق الفوائد على المبالغ التى تتم المطالبة بها أمام القضاء ولو لم يكن مقدارها معلوما وقت رفع الدعوى كالتعويض عن عمل غير مشروع مثلا . ويستند الاقتراح إلى أن "القيد ينافى قاعدة أن الأحكام مقررة للحق ... وفيه حماية للمماطل وانتقاص لحق الدائن ..." ولا يوجد له نظير فى التشريع المقارن المشار إليه فى المذكرة الإيضاحية – ولم تر اللجنة الأخذ بهذا الاقتراح لأن **المقصود من اشتراط كون الالتزام معلوم المقدار منع سريان الفوائد على المبالغ التى يطالب الدائن بها على سبيل التعويض عن عمل غير مشروع.** والاستناد إلى قاعدة اعتبار الأحكام مقررة غير وراد إذ يدخل التعويض القانونى عن التأخير فى تقدير التعويض القضائى فلا يتأثر مركز الدائن من هذه الناحية .

وقد يكون تقدير التعويض بطبيعته غير ميسور إلا بعد إجراءات طويلة ، فلا يكون للمدين يد فى هذا التأخير . وقد استقر القضاء على هذا الحكم دون نص .
ولكن اللجنة رأت من جهة أخرى تعديل العبارة على النحو الآتى "وكان معلوم المقدار وقت الطلب " لأن العبرة فى تعيين المقدار بوقت المطالبة لا بوقت نشوء الالتزام ".
(مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٢ ص ٥٧٦ الهامش ، ص ٥٧٩ ، ٥٨٠)
ويذهب الدكتور السنهورى جـ٢ ص ٨٢٨ إلى أن التعديل الذى أدخلته اللجنة يفقد الشرط أهميته ، فكل التزام بدفع مبلغ من النقود يكون معلوم المقدار وقت أن يطالب به الدائن ولو كان غير خال من النزاع . ذلك أن الدائن يقدر حتما عند المطالبة المبلغ الذى يطالب به ، سواء فى ذلك الالتزام برد القرض أو الالتزام بالتعويض عن عمل غير مشروع، ويخضع تقديره فى جميع الأحوال لحكم القاضى لذلك لم يعد لاشتراط "معلومية المقدار عند الطلب " أهمية عملية ، مادام كل التزام بدفع مبلغ من النقود يعتبر مستوفيا لهذا الشرط ، ومادام الالتزام بالتعويض عن عمل غير مشروع الذى أريد بوضع الشرط إخراجه ، هو أيضا التزام " معلوم المقدار عند الطلب " ثم إنه لاضير من إدخال الالتزام بالتعويض عن عمل غير مشروع فى منطقة استحقاق الفوائد .
لأن الذى يقع هو أن القاضى يقدر مبلغا من النقود تعويضا عن الضرر، ويدخل فى تقديره النوعان من الضرر : الضرر الأصلى الناشئ عن خطأ المسئول ، والضرر الناشئ عن التأخير إلى يوم النطق بالحكم ، فيجمع التعويضين فى مبلغ واحد . ويبقى بعد ذلك التعويض عن التأخير منذ صدور الحكم ، ويحق للمضرور أن يطالب به بدعوى جديدة ، فيقضى له بالسعر القانونى للفوائد من وقت رفع الدعوى الجديدة وفقا للقواعد العامة .

ومن ثم فإن الفوائد تستحق فى هذه الصورة من تاريخ الحكم النهائى الصادر بالتعويض .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- " الاحتجاج بأن المبالغ التى يقضى على مصلحة الضرائب بردها لا تعتبر معلومة المقدار إلا من تاريخ الحكم النهائى بردها فحكمها هو حكم التعويض المقضى به عن عمل غير مشروع والذى لايجوز الحكم بفوائد عنه من تاريخ المطالبة الرسمية عملا بالمادة ٢٢٦ مدنى ، هذا الاحتجاج مردود بأنه اعتراض غير سديد وقياس مع الفارق ذلك بأن سلطة محكمة الموضوع فى تقدير التعويض تخولها أن تدخل فى حسابها جميع عناصر الضرر ومنها طول أمد التقاضى مما يغنى المدعى عن طلب فوائد التأخر عن مبلغ التعويض . فإذا كان التعويض عن عمل غير مشروع يعتبر تطبيقا المادة ٢٢٦ من القانون المدنى الجديد غير معلوم المقدار وقت الطلب بحيث لاتصح المطالبة بالفوائد القانونية عنه فالعلة فى ذلك واضحة مما سبق بيانه – ولكن هذا الاعتبار لاينطبق على

وقد يطلب المضرور فى الدعوى الأصلية الحكم بفوائد مع مبلغ التعويض الأصلى ، ليقضى له بالسعر القانونى للفوائد من وقت صدور الحكم فى الدعوى الأصلية ومن ثم لايحتاج إلى رفع دعوى جديدة بفوائد التأخير .

طلب الممول رد ما أخذ منه بغير وجه حق ذلك أن المطعون عليها حددت فى عريضة دعواها المبلغ الذى طالبت مصلحة الضـرائب برده على أساس أنها حصلته منها بغير حـق ولـيس مـن شـأن المنازعة فى استحقاق هذا المبلغ كله أو بعضه ما يصح معه القول بأنه غير معلوم المقدار وقت الطلب "..

(طعن رقم ٤٠٩ لسنة ٢١ ق جلسة ١٩٥٣/٦/٢٥)

٣- " الاحتجاج بأن المبالغ المحكوم على مصـلحة الضـرائب بردها لاتعتبر معلومة المقدار إلا من تاريخ الحكم النهـائى بردهـا فيكون حكمها حكم التعويض المقضى به عن عمل غيـر مشـروع والذى لايجوز الحكم بفوائد عنه من تاريخ المطالبة الرسمية عمـلا بالمادة ٢٢٦ مدنى- هذا الاحتجاج مردود بأنه اعتراض غير سديد وقياس مع الفارق ذلك بأن سلطة محكمة الموضـوع فـى تقـدير التعويض تخولها أن تدخل فى حسابها جميع عناصر الضرر ومنها طول أمد التقاضى مما يغنى المدعى عن طلب فوائد التـأخر عـن دفع مبلغ التعويض فإذا كان التعويض عن عمل غير مشروع يعتبر طبقا للمادة ٢٢٦ المشار إليها غير معلوم المقدار وقت الطلب بحيث لا يصح المطالبة بالفوائد القانونية عنه فالعلة فى ذلك واضحة ممـا سبق بيانه ولكن هذا الاعتبار لاينطبق على طلب الممول رد ما أخذ منه بغير حق ذلك أن المطعون عليه قد حدد فى عريضة دعواه منذ

البداية الذى طالب مصلحة الضرائب برده على أساس أنها أخذتـــه منه بغير حق وليس من شأن المنازعة فى استحقاق هذا المبلغ كله أو بعضه ما يصح معه القول بأنه غير معلوم المقدار وقت الطلب".

(طعن رقم ١١٢ لسنة ٢١ ق جلسة ١٩٥٣/٦/٢٥)

٣- " تنص المادة ٢٢٦ من القانون المدنى على أنه " إذا كان محل الالتزام مبلغا من النقود وكان معلوم المقــدار وقــت الطلـــب وتأخر المدين فى الوفاء به كان ملزما بأن يدفع للدائن على ســبيل التعويض عن التأخير فوائد ... وقد قصد الشارع من عبارة " وقت الطلب " التى استبدلت بعبارة " وقت نشــوء الالتــزام "- الــواردة بالمشروع التمهيدى للقانون – منع سريان الفوائد المنصوص عليها فى هذه المادة على التعويض عن العمل غير المشروع من تــاريخ المطالبة القضائية. والحكمة من تقرير هذه القاعدة تتحقــق كــذلك بالنسبة للتعويض عن الخطأ العقدى متى كان التعويض المطالب به عن هذا الخطأ مما يرجع فيه إلى تقدير القاضى المطلق لأن المبلغ المطالب به كتعويض فى الحالين لا يكون " معلوم المقــدار وقــت الطلب ". ومتى كان الحكم المطعون فيه قد قضـــى فـــى دعـــوى التعويض عن خطأ تعاقدى بالفوائد من مبلغ التعويض المحكوم بـــه من تاريخ المطالبة الرسمية فإنه يكون قـــد خـــالف القـــانون فـــى خصوص تحديد بدء سريان الفوائد التى لا تستحق فى هذه الحالـــة

إلا من تاريخ صدور الحكم الاستئنافى الصادر بالتعويض باعتبار أنه التاريخ الذى يصبح فيه محل الالتزام معلوم المقدار ".

(طعن رقم ٣١٠ لسنة ٢٦ ق جلسة ١٩٦٢/٢/١٥)

٤- " وحيث إن هذا النعى مردود ، ذلك أن الريع – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – يعتبر بمثابة تعويض لصاحب العقار المغتصب مقابل ما حرم من ثمار ، وتقدير هذا التعويض متى قامت أسبابه ولم يكن فى القانون نص يلزم باتباع معايير معينة فى خصوصه هو من سلطة قاضى الموضوع . لما كان ذلك وكان التعويض المطلوب عن الخطأ التقصيرى أو العقدى إذا كان مما يرجع فيه إلى تقدير القاضى فإنه لا يكون معلوم المقدار وقت الطلب بالمعنى الذى قصده المشرع فى المادة ٢٢٦ من القانون المدنى، وإنما يصدق عليه هذا الوصف بصدور الحكم النهائى فى الدعوى ، لما كان ما تقدم وكان الحكم المطعون فيه قد التزم هذا النظر فإنه يكون قد التزم صحيح القانون ويكون هذا النعى فى غير محله " .

(طعن رقم ١١٩١ لسنة ٤٧ ق جلسة ١٩٨٤/٣/٢١)

الشرط الثالث :

تأخر المدين فى الوفاء بالالتزام :

حتى تستحق الفوائد التأخيرية يكفى أن يتأخر المدين عن الوفاء بالتزامه بدفع مبلغ من النقود عن ميعاد استحقاقه . عندئذ تستحق

الفائدة التأخيرية بالسعر الذى يحدده القانون . ذلك أن الفائدة هنا- وهى فائدة تأخيرية- هى بمثابة التعويض عن التأخير ، فهى تعوض الضرر الذى يفترض القانون وقوعه بسبب خطأ المدين فى تأخره عن الوفاء بالتزامه .

وفائدة التأخير تسرى بحكم القانون بالسعر الذى يحدده القانون ، إذا لم يكن ثمة اتفاق عليها بين الطرفين . وهى تكون عندئذ فائدة قانونية ، وهى تسرى بالسعر الذى يحدده الطرفان ، إذا كانا قد اتفق عليها ، وذلك فى حدود الحد الأقصى الذى يحدده القانون لسعر الفائدة . وتكون الفائدة عندئذ فائدة اتفاقية .

الشرط الرابع :

المطالبة القضائية بالفوائد :

يشترط لسريان الفوائد التأخيرية المطالبة القضائية بها ، إن لم يحدد الاتفاق أو العرف التجارى تاريخا آخر لسريانها ، وهذا كله ما لم ينص القانون على غيره .

وهذا الشرط يعتبر استثناء من القواعد العامة من ناحيتين: **أولاً:** أن القاعدة العامة فى التعويض عن التأخير أنه يستحق من وقت الإعذار ، أى من وقت إنذار المدين . **ثانيا :** أن القاعدة العامة فى الإعذار أنه لايشترط أن يطالب الدائن صراحة بالتعويض عن التأخير ، بل يكفى أن يعلن الدائن المدين أنه يريد منه تنفيذ الالتزام.

أما فوائد التأخير فلا يكفى الإنذار لاستحقاقها ، بل يلـزم المطالبـة القضائية . كما أنه لا يكفى أن يطالب الدائن المدين بالـدين وحـده مطالبة قضائية حتى تسرى الفوائد التأخيرية من وقت هذه المطالبة ، بل يلزم المطالبة بالفوائد التأخيرية ذاتها بالإضافة إلى الدين ذاتـه ، وعلى ذلك فإذا لم يطالب الدائن فى صحيفة الدعوى إلا بأصل الدين ، ثم عاد أثناء نظر الدعوى يطلب الحكم بالفوائد فلا تسرى الفوائد إلا من وقت هذا الطلب ، حيث أن المطالبة القضائية بالفوائـد تتحقـق بهذا الطلب وليس من وقت رفع الدعوى . وقد تشدد القـانون فـى تحديد مبدأ سريان الفوائد التأخيرية ، فجعلها من وقـت المطالبـة القضائية لا من وقت الإعذار ، وذلك تمشـيا مـع النـزوع إلـى مناهضة الربا واستنكاره .

ويتفرع على أن هذه المطالبة شرط لاستحقاق الفائدة التأخيريـة عدم سريانها إذا كانت صحيفة الدعوى باطلة أو كانت المحكمة التى رفعت إليها الدعوى غير مختصة .

وكذلك الحال إذا سقطت الخصومة أو تركت أو انقضت بالتقادم. فصحيفة الدعوى فى هذه الحالات وإن قامت مقام الإعذار – كمـا رأينا– إلا أن الإعذار ليس كافيا لاستحقاق فوائد التأخير [1].

---

(١) عبد المنعم البدراوى ص ١٠٣– نبيل إبراهيم سعد ص ٨٤ – لسماعيل غانم ص ١٣٤ .

غير أن قاعدة وجوب المطالبة القضائية بالفوائد ليست من النظام العام . فالمادة ٢٢٦ تجيز الاتفاق على تحديد وقت آخر لبدء سريان الفوائد ، كأن يتفق على سريانها من وقت الإنذار أو بمجرد حلول الأجل . ويغلب وقوع هذا الفرض الأخير عندما يتفق الطرفان على سعر اتفاقى للفوائد التأخيرية .

ولذلك يكون شرط المطالبة القضائية مقصورا على فوائد التأخير القانونية[١] .

وقد أشارت المادة ٢٢٦ إلى أن العرف التجارى قد يحدد ميعادا آخر لبدء سريان الفوائد . مثل ذلك فى الحساب الجارى حيث تسرى الفوائد بمجرد قيد المدفوع فى الحساب .

كما أن القانون قد ينص فى حالات خاصة على سريان الفوائد التأخيرية من وقت آخر غير وقت المطالبة القضائية .

فقد تسرى الفوائد التأخيرية من وقت إعذار المشترى أو من وقت تسلم المبيع إذا كان ينتج ثمرات أو إيرادات أخرى (م٤٥٨ مدنى).

أو من وقت استحقاق حصة الشريك النقدية فى الشركة (م٥١٠ مدنى) أو من يوم احتجاز الشريك لمبلغ من مال الشركة (م٥٢٢ مدنى) أو من يوم استخدام الوكيل لمال الموكل لصالح نفسه (م٧٠٦ مدنى) أو من يوم الإنفاق بالنسبة للمبالغ التى أنفقها الوكيل فى تنفيذ

---

(٢) اسماعيل غانم ص ١٣٥- محمد على عمران ص ٦١ .

الوكالة التنفيذ المعتاد (م٧١٠ مدنى) أو من يوم الدفع بالنسبة لما يدفعه الوكيل (م٨٠٠ مدنى) أو غير ذلك من النصوص.

وجاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" ولاتستحق فوائد التأخر ، قانونية كانت أو اتفاقية من تاريخ الإعذار ، كما هو الشأن فى التعويضات بوجه عام ، بل تستحق من تاريخ رفع الدعوى فحسب تمشيا مع النزوع إلى مناهضة الربا واستنكاره . ثم إنها لاتستحق بمجرد المطالبة بالالتزام الأصلى فى ورقة التكليف بالحضور ، بل لابد من المطالبة بها بالذات فى تلك الورقة . ومؤدى هذا أن فوائد التأخر لا يبدأ سريانها إلا من وقت المطالبة بها أمام القضاء . وعلى هذا النحو ، فصل المشروع فى مسألة اشتد الخلاف بشأنها فى القضاء المصرى ، واختار حكما يتجلى فيه أثر التنكر للربا . وتفريعا على ذلك ، لايبدأ سريان فوائد التأخر، إذا كانت ورقة التكليف بالحضور باطلة ، أو رفعت الدعوى إلى محكمة غير مختصة .

على أن قاعدة عدم استحقاق فوائد التأخر إلا من وقت رفع الدعوى لا تتعلق بالنظام العام ، فيجوز الاتفاق على سريان هذه الفوائد مثلا من وقت الإعذار ، أو بمجرد حلول الأجل ويغلب أن يتفق المتعاقدان على فائدة تسرى من وقت نشوء الدين ، ويستمر سريانها فى صورة فوائد تأخر بعد حلول أجل الوفاء به .

وقد ينظم عرف التجارة بدء سريان الفوائد على وجه آخر ، كما هو الشأن فى الحساب الجارى (أنظر المادة ٣١١ من المشروع). وقد يستثنى القانون من نطاق تطبيق القاعدة العامة فى بدء سريان الفوائد حالات خاصة ، لا يعلق فيها هذا البدء على رفع الدعوى ، ومن ذلك مثلا ما قضت به المادة ٢٦٩ من المشروع(١) .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- (أ)- " إنه وإن كان الأصل طبقا للمادة ٢٢٦ من القانون المدنى هو سريان الفوائد القانونية من تاريخ المطالبة القضائية بها ما لم يحدد الاتفاق أو العرف التجارى تاريخا آخر لسريانها أو ينص القانون على غير ذلك ، وكان من المقرر أن التنبيه بالوفاء السابق على طلب أمر الأداء لا يعد من قبيل المطالبة القضائية ، فإن الحكم المطعون فيه يكون قد خالف القانون باحتسابه الفوائد من تاريخ ذلك التنبيه " .

(ب)- " إذ نصت المادة ١٨٧ من القانون التجارى على أن "فائدة أصل قيمة الكمبيالة المعمول عنها بروتستو عدم الدفع تحسب من يوم "البروتستو" ، فإن حكمها يسرى على الفوائد القانونية المستحقة على قيمة السند الإذنى أو الشيك إذ اعتبر عملا تجاريا ، وإذ لايلتزم حامل الشيك المعتبر ورقة تجارية بعمل بروتستو لإثبات امتناع المسحوب عليه عن الوفاء وإنما له ذلك بكافة طرق

---

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٢ ص ٥٨٤ .

الإثبات ، وكان من المقرر أن الشيك يعتبر عملا تجاريا إذا كان من وقعه تاجرا أو كان تحريره مترتبا على عمليات تجارية ، لما كان ذلك . وكان الحكم المطعون فيه قد اعتبر الطاعن تاجرا ، فإن مؤدى ذلك - على خلاف ما ذهب إليه الحكم - اعتبار جميع الشيكات موضوع النزاع التى سحبها أوراقا تجارية مادام أنه لم يثبت أنه سحبها لعمل غير تجارى ، وبالتالى سريان الفوائد القانونية بالنسبة لها بواقع ٥% من تاريخ إفادة البنك بالرجوع على الساحب باعتباره التاريخ الثابت للامتناع عن الوفاء ".

(طعن رقم ٦٧٦ لسنة ٤٨ ق جلسة ١٩٨٢/١٢/٢٠)

٢- (أ)- " الأصل طبقا للمادة ٢٢٦ من القانون المدنى هو سريان الفوائد القانونية من تاريخ المطالبة القضائية بها ما لم يحدد الاتفاق أو العرف التجارى تاريخا آخر لسريانها أو ينص القانون على غير ذلك " .

(ب)- " العريضة التى تقدم لاستصدار أمر الأداء هى البديل لصحيفة الدعوى وبها تتصل الدعوى بالقضاء ، أما التكليف بالوفاء فهو شرط لصدور الأمر لا يتعلق بالعريضة بل هو إجراء سابق عليها فلا يعدمن قبيل المطالبة القضائية ".

(طعن رقم ١٤٠ لسنة ٥٦ ق جلسة ١٩٩٣/١/٢٠)

٣- (أ)- " الأصل طبقا للمادة ٢٢٦ من القانون المدنى- وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - هوسريان الفوائد القانونية من تاريخ المطالبة القضائية بها ما لم يحدد الاتفاق أو العرف التجارى تاريخا آخر لسريانها أو ينص القانون على غير ذلك ".

(ب)- " العريضة التى تقدم لاستصدار أمر الأداء هى البـديل لصحيفة الدعوى وبها تتصل الدعوى بالقضاء ، أما التكليف بالوفاء فهو شرط لصدور الأمر لايتعلق بالعريضة بل هو إجـراء سـابق عليها فلا يعد من قبيل المطالبة القضائية " .

(طعن رقم ٣٢٦٣ لسنة ٦٠ ق جلسة ١٩٩٥/٤/٢٣)

٢٨٧ـ المطالبة بالفوائد أمام محكمة الاستئناف :

تنص المادة ٢٣٥ من قانون المرافعات على أن :

" لاتقبل الطلبات الجديدة فى الاستئناف وتحكم المحكمة من تلقاء نفسها بعدم قبولها .

ومع ذلك يجوز أن يضاف إلى الطلب الأصلى الأجور والفوائد والمرتبات وسائر الملحقات التى تستحق بعد تقديم الطلبات الختامية أمام محكمة الدرجة الأولى وما يزيد من التعويضات بعد تقديم هذه الطلبات ".

وعلى ذلك إذا كان الدائن قد طلب الفوائـد أمـام محكمـة أول درجة فى طلباته الختامية ، فإنه يجوز له المطالبـة أمـام محكمـة الاستئناف بما استجد من الفوائد بعد تقديم هذه الطلبات الختاميـة . دون أن يعد ذلك طلبا جديدا .

أما إذا كان الدائن لم يطلب الفوائد أمام محكمة أول درجة ، فإن طلبه ألفوائد أمام محكمة الاستئناف يعد طلبا جديدا يجب الحكم بعدم قبوله .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " ما نصت عليه المادة ٢/٤١١ من القانون المدنى من جواز إضافة الفوائد إلى الطلب الأصلى فى الاستئناف مشروط بأن تكون هذه الفوائد قد طلبت أمام محكمة أول درجة وأن يكون ما يطلب منها أمام محكمة الدرجة الثانية هو ما استجد منها بعد تقديم الطلبات الختامية أمام محكمة الدرجة الأولى فإن لم يكن قد طلبت فإن طلبها أمام محكمة الدرجة الثانية لايكون مقبولا وعلى ذلك فطلب فوائد الكوبونات الخاصة بالأسهم المطالب بردها أمام محكمة الدرجة الأولى يعد طلبا جديدا لايصح إبداؤه أمام محكمة الاستئناف ".

(طعن رقم ١٠٦ لسنة ٢٨ ق جلسة ١٩٦٣/٣/٢٨)

٢- " تنص الفقرة الثانية من المادة ٤١١ من قانون المرافعات السابق على أنه " يجوز أن يضاف إلى الطلب الأصلى ، الفوائد التى تستحق بعد تقديم الطلبات الختامية أمام محكمة أول درجة ". ومفاد ذلك أن ما يجوز طلبه من الفوائد أمام محكمة الدرجة الثانية ، هو ما استجد فيها بعد تقديم الطلبات الختامية أمام محكمة الدرجة الأولى ، ويشترط لذلك أن تكون الفوائد قد طلبت أمام محكمة الدرجة الأولى ، لما كان ذلك ، وكان الحكم المطعون فيه قد جرى فى قضائه على عدم قبول الاستئناف بالنسبة لطلب الفوائد، لأن محكمة أول درجة لم تفصل فيه ، فإنه يكون قد طبق القانون على وجهه الصحيح " .

(طعن رقم ٤٤٤ لسنة ٣٥ ق جلسة ١٩٧٢/٢/٢)

٢٨٨ـ مقدار الفائدة التأخيرية :

ذكرنا سلفا أن الفائدة التأخيرية قد تكون قانونية ، وهى التى تسرى بحكم القانون فى حالة عدم الاتفاق عليها وقد تكون فائدة اتفاقية ، يحددها اتفاق الطرفين .

والسعر القانونى للفائدة هى ٤% فى المسائل المدنية ، ٥% فى المسائل التجارية .

فإذا كانت الفوائد التأخيرية اتفاقية ، فلا يجوز أن تزيد على الحد الأقصى وهى ٧% ، وذلك وفقا للفقرة الأولى من المادة ٢٣٧ مدنى .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" إذا كان محل الالتزام مبلغا من النقود وكان معلوم المقدار وقت نشوء الالتزام وتأخر المدين فى الوفاء به ، كان ملزما بأن يدفع للدائن على سبيل التعويض عن التأخر فوائد قانونية قدرها أربعة فى المائة فى المسائل المدنية ، وخمسة فى المائة فى المسائل التجارية . وتسرى هذه الفوائد من تاريخ المطالبة القضائية بها إن لم يحدد الاتفاق أو العرف التجارى تاريخا آخر لسريانها ، وهذا كله ما لم ينص القانون على غير ذلك "(١).

---

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٢ ص ٥٧٦ .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " النص فى المادة ٢٢٦ من القانون المدنى على أنـــه " إذا كان محل الالتزام مبلغا من النقود وكان معلوم المقدار وقت الطلب وتأخر المدين فى الوفاء به كان ملزما بأن يدفع للدائن على ســبيل التعويض عن التأخر فوائد وقدرها أربعة فى المائة فـــى المســـائل المدنية وخمسة فى المائة فى المسائل التجارية ... " يدل علـــى أن المشرع قد حدد مقدار الفائدة التى يجوز للدائن المطالبة بها- فـــى حالة عدم الاتفاق على مقدارها - إذا كان محل الالتزام مبلغا مـــن النقود معلوم المقدار وقت الطلب وتأخر المدين فى الوفاء بـــه بمـــا لازمه أنه يتعين على الحكم القاضى بالفوائد التأخيريـــة أن يحـــدد نوعها وما إذا كانت مدنية أو تجارية ومقدارها تبعا لذلك وإلا كـــان مخالفا للقانون " .

(طعن رقم ١٢٢٩ لسنة ٧١ ق جلسة ٢٠٠٣/١/٢)

٢- " إذا كانت عقود البيع المبرمة بين الشركة المطعون ضدها والطاعنين ومحلها وحدات سكنية أقامتها الشركة من مالها الخاص- على نحو ما ورد بهذه العقود- لا تعتبر من الأعمـــال المصـــرفية المنصوص عليها فى المادة السابعة فقرة (د) من القانون ١٢٠ لسنة ١٩٧٥ والمحدد سعر الفائدة لها بالهيكل المنظم لسعر الفائدة الصادر عن البنك المركزى سالف الذكر بما يخرج هذه العقود عن نطـــاق

تطبيق هذا الاستثناء مما لازمه خضوعها لنص المـادة ٢٢٧ مـن القانون المدنى فيما يتعلق بتحديد سعر الفائدة الاتفاقية بما لايجـاوز ٧% ووجوب الرجوع لسعر الفائدة المنصوص عليه فى تلك العقود إلى ٧% وإذ كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قـد خـالف هـذا النظر فإنه يكون معيبا بمخالفة القانون والخطأ فى تطبيقه ".

(طعن رقم ٣٧٧٨ لسنة ٦٤ ق جلسة ٢٠٠٤/٢/١٧)

٢٨٩ـ وجوب بيان مقدار أصل الدين والفوائد :
وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- " متى كانت الدعوى قد رفعت بطلب التعويض عن بضاعة حصل الاستيلاء عليها وبفوائد مبلغ التعويض وتبين مـن أسـباب الحكم أن محكمة الموضوع قدرت التعويض الذى يستحقه صاحب البضاعة بسبب ما ضاع عليه من كسب وما لحق به خسـارة كمـا قدرت الفوائد عن الثمن والتعويض وأدمجت المبلغين دون تفصـيل ثم قضت بهما جملة فإنه لا يكون هناك محل للنعى بأن المحكمة لم تحكم له بالفوائد عن التعويض " .

(طعن رقم ٦٠ لسنة ٢٣ ق جلسة ١٩٥٧/١٠/٢٤)

٢- " إذا كان الحكم المطعون فيه قد قرر بعبـارة مجملـة أن الباقى من أصل الدين وفوائده هو مبلغ ٣٨٠ جنيـه و ٨١٥ مليمـا

موضوع المطالبة لغاية مايو سنة ١٩٥٠- دون أن يبين ما هو أصل المبلغ وما هى الفوائد التى احتسبها - وفى ذلك ما يحجب هذه المحكمة عن مراقبة سلامة تطبيقه القانون فى صدد الفوائد سواء بالنسبة للسعر أم بالنسبة لعدم جواز احتساب فوائد على متجمد الفوائد فإنه يكون معيبا بالقصور الموجب لنقضه ".

(طعن رقم ٢٠٧ لسنة ٢٤ ق جلسة ١٩٥٨/١٢/٢٥)

٢٩٠- تاريخ سريان سعر الفائدة :

كان السعر الاتفاقى للفائدة التأخيرية قبل صدور التقنين المدنى الجديد وبمقتضى المرسوم بقانون الصادر فى ١٩ مارس سنة ١٩٣٨ ٨% يجوز تخفيضه بمرسوم إلى ٧% .

ومن ثم يسرى السعر الوارد بالتقنين الجديد وهو ٧% من وقت العمل بهذا التقنين حتى بالنسبة للعقود التى أبرمت قبل هذا الوقت ، لأن سعر الفائدة يعتبر من النظام العام . وعلى ذلك تحسب الفائدة على المبلغ بنسبة ٨% حتى تاريخ العمل بالقانون الجديد فى ١٩٤٩/١٠/١٤ ثم تحسب بسعر ٧% ابتداء من ١٩٤٩/١٠/١٥.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" لايجوز للمحكوم له أن يتقاضى فائدة اتفاقية تزيد على سبعة فى المائة من تاريخ سريان المادة ٢٢٧ مدنى التى استقر قضاء هذه

المحكمة على سريانها من تاريخ صدور القانون على الاتفاقات السابقة على العمل به – ولا يحد من هذا أن يكون قد صدر حكم بالدين مع فوائده الاتفاقية بواقع ٩% حتى تمام الوفاء – على أساس هذا الاتفاق– قبل العمل بأحكام القانون الجديد " .

(طعن رقم ٢٠٧ لسنة ٢٤ ق جلسة ١٩٥٨/١٢/٢٥)

٢٩١ـ دستورية المادة ٢٢٦ مدنى فيما تنص عليه من استحقاق الفوائد التأخيرية :

تقاضى فوائد تأخيرية طبقا للمادة ٢٢٦ من التقنين المدنى دستورى . إذ قضت المحكمة الدستورية العليا بتاريخ ٤ مايو سنة ١٩٨٥ فى القضية رقم ٢٠ لسنة ١ قضائية "دستورية" (٧ لسنة ٩ ق عليا) برفض الدعوى التى أقيمت أمامها بعدم دستورية هذه المادة لمخالفتها مبادئ الشريعة الإسلامية [1].

---

(١) وننشر الحكم كاملا فيما يلى :

" بعد الاطلاع على الأوراق وسماع الإيضاحات والمداولة .

حيث إن الوقائع – على ما يبين من صحيفة الدعوى وسائر الأوراق– تتحصل فى أن المدعى بصفته كان قد أقام الطعن رقم ٤٦١ لسنة ٢٢ قضائية أمام المحكمة الإدارية العليا طالبا إلغاء الحكم الصادر من محكمة القضاء الإدارى فى الدعوى رقم ١٤٦٥ لسنة ٢٥ قضائية القاضى بإلزامه . ووزير الأوقاف وعميد كلية الطب بصفاتهم بأن يدفعوا لمورث المدعى عليه الرابع مبلغ ٣٩٢,١١٢ جنيه باقى ثمن

آلات جراحية تم توريدها إلى كلية الطب بجامعة الأزهر – والفوائد القانونية عن هذا المبلغ بواقع ٤% من تاريخ المطالبة القضائية . وأثناء نظر الطعن دفع المدعى بصفته بعدم دستورية المادة ٢٢٦ من القانون المدنى . فقضت المحكمة الإدارية العليا بجلسة ٣ أبريل سنة ١٩٧٨ بوقف الفصل فى الطعن ليرفع المدعى دعواه الدستورية فأقام الدعوى الماثلة .

وحيث إن الحكومة دفعت بعدم اختصاص المحكمة بنظر الدعوى استنادا إلى أن جامعة الأزهر تتبع الأزهر الذى يعد من الأشخاص المعنوية العامة وبالتالى فهى من جهات الحكومة التى اعتبرها المشرع من ذوى الشأن فى القضايا الدستورية ، فلا يجوز لها الطعن بعدم دستورية التشريعات على أساس أنها تشارك فى وضعها وعليها الدفاع عن سلامتها . هذا الإضافة إلى أن المنازعة الماثلة – وهى تقوم بين جهتين حكوميتين – تندرج تحت المنازعات التى تختص الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع بمجلس الدولة – دون غيرها– بإبداء الرأى الملزم للجانبين فيها عملا بالمادة ٦٦ فقرة (د) من قانون مجلس الدولة الصادر بالقانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ .

وحيث إن هذا الدفع مردود بأن الدستور بين على وجه التحديد المقصود بالحكومة بما نص عليه فى المادة ١٥٣ من أن " الحكومة " هى الهيئة التنفيذية والإدارية العليا للدولة وتتكون الحكومة من رئيس مجلس الوزراء ونوابه والوزراء ونوابهم " وإذا كان هذا التعريف لا يدخل فى مدلوله الأزهر باعتباره الهيئة العلمية الإسلامية الكبرى التى أثبت لها القانون الشخصية المعنوية بما نص عليه صراحة فى المادة السادسة من القانون رقم ١٠٣ لسنة ١٩٦١ بشأن إعادة تنظيم الأزهر والهيئات التى يشملها من أن " يكون للأزهر شخصية معنوية عربية الجنس"... ومن ثم فإن جامعة الأزهر – وهى إحدى هيئاته– لاينطبق عليها معنى

الحكومة على النحو الذى عناه المشرع فى المادة ٣٥ من قانون المحكمة الدستورية العليا الصادر بالقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ والذى نص فيه على أن " تعتبر الحكومة من ذوى الشأن فى الدعاوى الدستورية " مستهدفا بذلك تمكينها من أن تقول كلمتها فى الطعون الموجهة إلى التشريعات التى تكون قد أصدرتها أوشاركت فى وضعها. لما كان ذلك . وكانت هذه المحكمة- من ناحية أخرى- هى المختصة وحدها بنظر الدعوى الدستورية الماثلة إعمالا للمادة ١٧٥ من الدستور والمادة (٢٥) من قانون المحكمة الدستورية العليا المشار إليه- اللتين عقدتا لها دون غيرها ولاية الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح بما ينتفى معه القول بأنها من المنازعات التى تختص بها الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع بمجلس الدولة – ومن ثم فإن الدفع بعدم الاختصاص يكون فى شقيه على غير أساس متعين الرفض.

وحيث إنه عما دفعت به الحكومة أيضا من عدم قبول الدعوى لرفعها من غير ذى صفة تأسيسا على أن شيخ الأزهر هو الذى يملك وحده تمثيل جامعة الأزهر باعتباره من الهيئات التى يشملها الأزهر ، وأن القانون رقم ١٠٣ لسنة ١٩٦١ بشأن إعادة تنظيم الأزهر لم يضف على جامعة الأزهر شخصية اعتبارية تخولها حق التقاضى وتجيز لرئيسها تمثيلها لدى المحاكم . فإنه إذ كانت المادة (٣٩) من القانون رقم ١٠٣ لسنة ١٩٦١ المشار إليه تنص على أن " يتولى إدارة جامعة الأزهر:

١- مدير جامعة الأزهر (رئيس جامعة الأزهر منذ العمل بالقانون رقم ٥١ لسنة ١٩٧٢) ٢-(مجلس الجامعة) . كما تنص المادة ٤٢ منه على أن " يتولى مدير الجامعة إدارة شئون الجامعة العلمية والإدارية والمالية ، وهو الذى يمثلها أمام الهيئات الأخرى ..." فإن مؤدى ذلك أن القانون أسند إلى رئيس الجامعة صفة النيابة عنها فى جميع صلاتها بالهيئات الأخرى والتى تدخل فى عمومها الهيئات القضائية ، وما يتفرع عن هذه النيابة من أهلية التقاضى فيما يتعلق بتلك الصلات ومن

بينها التعاقد على شراء معدات لكليات الجامعة وما قد ينشأ عنها من منازعات قضائية . وهو الحال الذى اقتضى اختصام المدعى بصفته فى الدعوى الموضوعية - وترتب على إثارة الدفع بعدم الدستورية فيها- إقامة المدعى بصفته للدعوى الماثلة ، ومن ثم فإن الدفع بعدم قبول الدعوى لرفعها من غير ذى صفة يكون على غير أساس .

وحيث إن الدعوى استوفت أوضاعها القانونية .

وحيث إن المدعى بصفته ينعى على نص المادة ٢٢٦ من القانون المدنى أنها إذ تقضى باستحقاق فوائد محددة القدر عن مجرد التأخر فى الوفاء بالالتزام النقدى تكون قد انطوت على مخالفة لمبادئ الشريعة الاسلامية التى أصبحت طبقا للمادة الثانية من الدستور " المصدر الرئيسى للتشريع ". وذلك باعتبار أن تلك الفوائد تمثل زيادة فى الدين بغير مقابل ، فهى الربا المتفق على تحريمه أخذا بقوله تعالى " وأحل الله البيع وحرم الربا" وهو من الأحكام الشرعية المقطوع بها ثبوتا ودلالة والتى أصبحت بموجب المادة الثانية من الدستور فى مصاف القواعد القانونية الوضعية التى من شأنها نسخ ما كان سابقا عليها متعارضا معها من نصوص التشريعات الوضعية نسخا ضمنيا ، إذ صارت بذاتها واجبة الإعمال دون حاجة إلى صدور تشريع يقننها .

وحيث إن القانون المدنى الصادر بالقانون رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ فى ١٦ يوليو سنة ١٩٤٨ والمعمول به ابتداء من ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ ينص فى المادة ٢٢٦ منه - محل الطعن - على أنه " إذا كان محل الالتزام مبلغا من النقود ، وكان معلوم المقدار وقت الطلب وتأخر المدين فى الوفاء به ، كان ملزما بأن يدفع للدائن على سبيل التعويض عن التأخر فوائد قدرها أربعة فى المائة فى المسائل المدنية وخمسة فى المائة فى المسائل التجارية . وتسرى هذه الفوائد من تاريخ المطالبة القضائية بها ، إن لم يحدد الاتفاق أو العرف التجارى تاريخا آخر لسريانها ، وهذا كله ما لم ينص القانون على غيره " .

وحيث إنه يبين من تعديل الدستور الذى تم بتاريخ ٢٢ مايو سنة ١٩٨٠ أن المادة الثانية أصبحت تنص على أن " الإسلام دين الدولة ، واللغة العربية لغتها الرسمية ، ومبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسى للتشريع " . بعد أن كانت تنص عند صدور الدستور فى ١١ سبتمبر سنة ١٩٧١ على أن " الاسلام دين الدولة ، واللغة العربية لغتها الرسمية ، ومبادئ الشريعة الاسلامية مصدر رئيسى للتشريع " والعبارة الأخيرة من هذا النص لم يكن لها سابقة فى أى من الدساتير المصرية المتعاقبة ابتداء من دستور سنة ١٩٢٣ وحتى دستور سنة ١٩٦٤ .

وحيث إن الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح - المنوطة بالمحكمة الدستورية العليا - تستهدف أصلا صون الدستور القائم وتأكيد احترامه وحمايته من الخروج على أحكامه . وسبيل هذه الرقابة التحقق من التزام سلطة التشريع بما يورده الدستور فى مختلف نصوصه من ضوابط وقيود ومن ثم فإنه يتعين- عند الفصل فيما يثار فى شأن هذه التشريعات من مطاعن تستهدف نقض قرينة الدستورية- استظهار هذه الضوابط والقيود وتحديدها وذلك للتعرف على مدى مخالفة تلك التشريعات لها .

وحيث إنه يبين من صيغة العبارة الأخيرة من المادة الثانية من الدستور- بعد تعديلها على نحو ما سلف - أن المشرع الدستورى أتى بقيد على السلطة المختصة بالتشريع قوامه إلزام هذه السلطة - وهى بصدد وضع التشريعات- بالالتجاء إلى مبادئ الشريعة لاستمداد الأحكام المنظمة للمجتمع ، وهو ما أشارت إليه اللجنة الخاصة بالإعداد لتعديل الدستور فى تقريرها إلى مجلس الشعب والذى أقره المجلس بجلسة ١٩ يولية سنة ١٩٧٩ وأكدته اللجنة التى أعدت مشروع التعديل وقدمته إلى المجلس فناقشه ووافق عليه بجلسة ٣٠ أبريل سنة ١٩٨٠ إذ جاء فى تقريرها عن مقاصد تعديل الدستور بالنسبة للعبارة الأخيرة من المادة الثانية بأنها " تلزم المشرع بالالتجاء إلى أحكام الشريعة

الاسلامية للبحث عن بغيته فيها مع إلزامه بعدم الالتجاء إلى غيرها ، فإذا لم يجد فى الشريعة الإسلامية حكما صريحا ، فإن وسائل استنباط الأحكام من المصادر الاجتهادية فى الشريعة الاسلامية تمكن المشرع من التوصل إلى الأحكام اللازمة والتى لا تخالف الأصول والمبادئ العامة للشريعة ".

ولما كان مفاد ما تقدم ، أن سلطة التشريع اعتبارا من تاريخ العمل بتعديل العبارة الأخيرة من المادة الثانية من الدستور فى ٢٢ مايو سنة ١٩٨٠- أصبحت مقيدة فيما تسنه من تشريعات مستحدثة أو معدلة لتشريعات سابقة على هذا التاريخ، بمراعاة أن تكون هذه التشريعات متفقة مع مبادئ الشريعة الاسلامية وبحيث لاتخرج - فى الوقت ذاته - عن الضوابط والقيود التى تفرضها النصوص الدستورية الأخرى على سلطة التشريع فى صدد الممارسة التشريعية . فهى التى يتحدد بها - مع ذلك القيد المستحدث - النطاق الذى تباشر من خلاله المحكمة الدستورية العليا رقابتها القضائية على دستورية التشريعات . لما كان ذلك وكان إلزام المشرع باتخاذ مبادئ الشريعة الاسلامية المصدر الرئيسى للتشريع على ما سلف بيانه لا ينصرف سوى إلى التشريعات التى تصدر بعد التاريخ الذى فرض فيه الإلزام بحيث إذا انطوى أى منها على ما يتعارض مع مبادئ الشريعة الإسلامية يكون قد وقع فى حومة المخالفة الدستورية ، أما التشريعات السابقة على ذلك التاريخ، فلا يتأتى إنفاذ حكم الإلزام المشار إليه بالنسبة لها لصدورها فعلا من قبله ، أى فى وقت لم يكن القيد المتضمن هذا الإلزام قائما واجب الإعمال ومن ثم ، فإن هذه التشريعات تكون بمنأى عن إعمال هذا القيد، وهو مناط الرقابة الدستورية . ويؤيد هذا النظر ما أوردته اللجنة العامة فى مجلس الشعب بتقريرها المقدم بجلسة ١٥ سبتمبر سنة ١٩٨١ والذى وافق عليه المجلس من أنه " كان دستور سنة ١٩٧١ أول دستور فى تاريخنا الحديث ينص صراحة على أن الشريعة

الإسلامية مصدر رئيسى للتشريع ، ثم عدل الدستور عام ١٩٨٠ لتكون الشريعة الإسلامية هى المصدر الرئيسى للتشريع ، وهذا يعنى عدم جواز إصدار أى تشريع فى المستقبل يخالف أحكام الشريعة الاسلامية، كما يعنى ضرورةَ إعادة النظر فى القوانين القائمة قبل العمل بدستور سنة ١٩٧١ وتعديلها بما يجعلها متفقة مع أحكام الشريعة الإسلامية " واستطرد تقرير اللجنة إلى أن " الانتقال من النظام القانونى القائم حاليا فى مصر والذى يرجع إلى أكثر من مائة سنة إلى النظام الإسلامى المتكامل يقتضى الأناة والتدقيق العملى ، ومن هنا ، فإن تقنين المتغيرات الاقتصادية والاجتماعية التى لم تكن مألوفة ، أو معروفة، وكذلك ما جد فى عالمنا المعاصر وما يقتضيه الوجود فى المجتمع الدولى من صلات وعلاقات ومعاملات، كل ذلك يستأهل الرؤية ويتطلب جهودا ، ومن ثم فإن تغيير النظام القانونى جميعه ينبغى أن يتاح لواضعيه والقائمين عليه الفترة الزمنية المناسبة حتى تجمع هذه القوانين متكاملة فى إطار القرآن والسنة وأحكام المجتهدين من الأئمة والعلماء .... " .

وحيث إن ما ذهب إليه المدعى من أن مقتضى تعديل المادة الثانية من الدستور هو جعل مبادئ الشريعة الاسلامية قواعد قانونية موضوعية واجبة الإعمال بذاتها ومن فورها على ما سبق هذا التعديل من تشريعات بما يوجب نسخ ما يتعارض منها مع تلك المبادئ . فإن هذا القول مردود بما سبق أن عرضت له المحكمة عن حقيقة المقصود من ذلك التعديل ، ومن أنه قيد استحدثه الدستور على سلطة المشرع فى شأن المصادر التى يستقى منها أحكامه التشريعية وأنه لا يمكن إعماله إلا بالنسبة للتشريعات اللاحقة على فرضه دون التشريعات السابقة. كما ينقض القول ما تضمنته الأعمال التحضيرية لمشروع التعديل على ما سلف إيضاحه من أن المنوط به إعمال القيد المشار إليه هو السلطة المختصة بالتشريع ، بالإضافة إلى أن المشرع الدستورى لو أراد جعل

....

مبادئ الشريعة الإسلامية من بين القواعد المدرجة فى الدستور على وجه التحديد أو قصد أن يجرى إعمال تلك المبادئ بواسطة المحاكم التى تتولى تطبيق التشريعات دون ما حاجة إلى إفراغها فى نصوص تشريعية محددة مستوفاة للإجراءات التى عينها الدستور ، لما أعوزه النص على ذلك صراحة ، هذا فضلا عن أن مؤدى ما يقول به المدعى من الإعمال المباشر لمبادئ الشريعة الإسلامية عن طريق تلك المحاكم لا يقف عند مجرد إهدار ما قد يتعارض مع هذه المبادئ من التشريعات السابقة المنظمة لمختلف النواحى المدنية والجنائية والاجتماعية والاقتصادية بل إن الأمر لابد وأن يقترن بضرورة تقصى المحاكم للقواعد غير المقننة التى يلزم تطبيقها فى المنازعات المطروحة عليها بدلا من النصوص المنسوخة مع ما قد يؤدى إليه ذلك من تناقض بين هذه القواعد ويجر إلى تهاتر الأحكام وزعزعة الاستقرار ".

مــادة (٢٢٧)

١- يجوز للمتعاقدين أن يتفقا على سعر آخر للفوائد سواء أكان ذلك فى مقابل تأخير الوفاء أم فى أية حالة أخرى تشترط فيها الفوائد ، على ألا يزيد السعر على سبعة فى المائة . فإذا اتفقا على فوائد تزيد على هذا السعر وجب تخفيضها إلى سبعة فى المائة وتعين رد ما دفع زائدا على هذا القدر .

٢- وكل عمولة أو منفعة ، أيا كان نوعها ، اشترطها الدائن إذا زادت هى والفائدة المتفق عليها على الحد الأقصى المتقدم ذكره تعتبر فائدة مستترة ، وتكون قابلة للتخفيض ، إذا ما ثبت أن هذه العمولة أو المنفعة لاتقابلها خدمة حقيقية يكون الدائن قد أداها ولا منفعة مشروعة .

الشــرح

٢٩٢ـ الاتفاق على سعر آخر للفوائد :

رأينا سلفا أن السعر القانونى للفوائد التأخيرية هو ٤% فى المسائل المدنية ، ٥% فى المسائل التجارية .

وهذا السعر يسرى على فوائد التأخير وغيرها من الفوائد ، فهو يسرى بوجه خاص على الفوائد التىتكون فى مقابل الانتفاع بمبلغ من النقود كما فى عقد القرض وهى التى يسميها البعض " الفوائد التعويضية" فإذا اتفق المتعاقدان على فوائد - أيا كان نوعها-

تجاوز سبعة فى المائة كان اتفاقهما باطلا فيما جاوز هـذا الحـق ووجب قصره على الحد الجائز قانونا ، أى خفض الفائدة إلى ٧% وهذا تطبيق تشريعى لنظرية قصر العقد المنصـوص عليهـا فـى المادة ١٤٣ مدنى .

٢٩٣ـ رد الفوائد الزائدة :

إذا اتفق بين الطرفين على فوائد تزيد على ٧% ، كان قـبض الدائن ما زاد على ٧% قبضا دون حق ، وتعين عليه رده ، ولـو كان المدين قد أداها باختياره ، وهو يعلم أنه غير ملزم به قانونـا. فالاتفاق على فائدة تزيد على الحد الأقصى باطل فيما زاد على هذا الحد .

والمشرع بذلك قد حسم خلافا ثار فى ظل التقنين القديم بشـأن وجوب الرد أو عدمه لعدم النص على ذلك . فرجح المشرع الرأى القائل بالرد ونص عليه صراحة . ولذا يعتبر هذا النص مفسـرا لا منشئا حكما جديدا ويطبق على كل ما دفع زائدا على الحد الأقصى ولو قبل صدوره (١).

ويتقادم الالتزام بالرد بمضى ثلاث أو خمس عشرة سنة وفقـا لأحكام المادة ١٨٧ مدنى ، لأن هذا الالتزام مصـدره دفـع غيـر المستحق.

---

(١) السنهورى جـ٢ ص ٨٥١ – سليمان مرقس ص ١٥٣ .

٢٩٤ـ العمولة أو المنفعة التى تجاوز الحد الأقصى للفوائد :

الاتفاق على مجاوزة الحد الأقصى للفوائد ، قد يكون صريحا بأن يتضمن الاتفاق فائدة تجاوز ٧% ولكن الغالب أن يكون هذا الاتفاق مستترا ، بأن يستر المتعاقدان الفوائد التى تجاوز هذا الحد فى أى من التصرفات كعقد بيع أو فى شكل عمولة أو منفعة أو كشرط جزائى عن عدم الوفاء بالدين فى الميعاد المحدد له ، وينطوى هذا الاتفاق على صورية تدليسيةمن شأنها الإضرار بالمدين ، مما يجوز معه للأخير إثبات حقيقة التصرف بكافة الطرق المقررة قانونا ومنها البينة والقرائن ، وذلك لإبطال الاتفاق فيما جاوز الحد الأقصى سالف البيان [١].

وبناء على ذلك يجب أن يحسب من الفوائد فى حدود الحد الأقصى الجائز الاتفاق عليه كل مبلغ آخر تقاضاه الدائن من المدين دون أن يكون له مقابل من خدمة أداه الأول للثانى أو نفقة تكبدها لحسابه ، فيضاف هذا المبلغ إلى الفوائد المتفق عليها ، وإذا جاوز مجموعهما الحد الأقصى للفوائد الاتفاقية وجب خفضه إلى هذا الحد ورد ما دفع زائدا عليه [٢].

---

(١) المستشار أنور طلبه ص ٣٧٥ .

(٢) سليمان مرقس ص ١٥٦ .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" وقد جعل المشروع الحد الأقصى للفوائد الاتفاقية وفوائد التأخير ٧% ، فإذا جاوزت الفوائد هذا الحد وجب تخفيضها ، وتعين على من تسلمها رد الزيادة ، ولمن يسترد هذه الزيادة أن يقيم الدليل على الربا الفاحش بجميع طرق الإثبات .

ويراعى أن هذا الحكم يحد من حرية المتعاقدين فى الاتفاق على شروط جزائية ، متى حدد سعر اتفاقى لفوائد التأخر ، نزولا على ما يقتضيه النظام العام . وقد جعل المرسوم بقانون رقم ٢٠ لسنة ١٩٣٨ ، المعدل لأحكام المادتين ١٢٤ ، ٤٧٨/١٢٥ من التقنين الحالى ، الحد الأقصى لسعر الفوائد الاتفاقية ٨% مع جواز تخفيضه إلى ٧% بمقتضى مرسوم ، على أن المشروع آثر أن يحقق هذا التخفيض فور الوقت إزاء ما أسفرت عنه الظروف الاقتصادية ، فجعل الحد الأقصى للسعر ٧%. ويلاحظ أن نص المشروع فى هذا الشأن لا يمس أحكام المرسوم بقانون رقم ٢٢ لسنة ١٩٣٨ المعدل للأمر العالى الصادر فى ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٠٠ بشأن " سير البيوتات المالية المشتغلة بتسليف النقود على رهونات " فيما يتعلق بتخويل هذه البيوتات حق اقتضاء فائدة إضافية ، فى مقابل نفقات " التثمين والقياس والتخزين " . أما السعر

القانونى وهو يقتصر على فوائد التأخر ، فقد جعله المشـروع ٤٪ فى المواد المدنية (أنظر المادة ٢٤٦ من التقنين الألمـانى) ، ٥٪ فى المواد التجارية ، فى حين أن المرسوم بقانون رقـم ٢٠ لسـنة ١٩٣٨ جعل هذا السعر على التوالى ٥٪ ، ٦٪ . وقد كـان فـى الوسع ترك أمر تحديد الفائدة لتشريع خاص ، على غرار ما فعلت بعض التقنينات الأجنبية . بيد أنـه رؤى مـن الأنسـب أن يبقـى المشروع على تقاليد البلاد التشريعية ، وقد استقرت من عهد غيـر قريب على إبطال هذا التحديد إلى نصوص التقنين المدنى ذاته .

ولعل هذا الوضع أدنى إلى تيسير التعجيل بـإجراء التخفـيض الذى تقدمت الإشارة إليه ، ولاسيما بعد أن ألحـت علـى الـبلاد دواعيه . وبديهى أن أثر هذا التخفيض لا يستند إلـى الماضـى . فسيظل السعر المقرر بمقتضى النصوص الحالية قائماً إلى تـاريخ العمل بأحكام التقنين الجديد . أما بعد هذا التاريخ فتطبـق الأحكـام الخاصة بالسعر الجديد، حتى بالنسبة للعقود التى تمت مـن قبـل ، اتفاقية كانت الفوائد أو قانونية (قارن المذكرة الإيضاحية للمرسوم بقانون رقم ٢٠ لسنة ١٩٣٨) [١].

---

(١) مذكرة المشروع التمهيدى جـ٢ ص ٥٨٣ ومابعدها .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" استيلاء الحكومة على عقار جبرا عن صاحبه وبدون اتباع الإجراءات التى يوجبها قانون نزع الملكية رقم ٥ لسنة ١٩٠٧ المعدل بالمرسوم بقانون ٩٤ لسنة ١٩٣١ وإن كان يعتبر بمثابة غصب وليس من شأنه أن ينقل بذاته ملكية العقار للحكومة بل تظل هذه الملكية لصاحب العقار رغم هذا الاستيلاء ويكون له المطالبة بريعه إلا أنه إذا اختار المطالبة بقيمة هذا العقار وحكم له بها فإنه وقت صيرورة هذا الحكم نهائيا تنتهى حالة الغصب وتصبح حيازة الحكومة للعقار مشروعة وتكون من هذا التاريخ مدينة لمن استولت على عقاره بالمبلغ المحكوم له به مقابل قيمة العقار ويلزمها الوفاء به فإن تأخرت حقت عليها الفائدة القانونية عن التأخير فى الوفاء من تاريخ المطالبة القضائية بها عملا بالمادة ٢٢٦ من القانون المدنى . فإذا كان الحكم المطعون فيه قد قضى للمطعون ضده بالريع عن المدة اللاحقة لتاريخ صدور الحكم له بقيمة العقار وقدر هذا الريع بما يجاوز فوائد التأخير القانونية فإنه يكون مخالفا للقانون " .

(طعن رقم ٣٥١ لسنة ٣٢ ق جلسة ١٩٦٦/١٢/١٥)

٢- " مفاد نص الفقرة الثانية من المادة ٢٧٧ مدنى ، أن القانون لا يحظر على الدائن أن يجمع بين تقاضى العمولة والفائدة المتفق عليها ، ولو زاد مجموعهما عن الحد الأقصى المقرر قانونا للفائدة

إلا إذا كانت العمولة المشترطة لاتقابلها خدمة حقيقية يكون الــدائن قد أداها . وإذا كان الحكم قد انتهى إلى أن العمولة التى اقتضــاها البنك المطعون ضده من الطاعن الأول كانت مقابل خدمات حقيقية ومشروعة قام بها تنفيذا لعقد التفويض بالبيع المبرم بينهما ولم تكن فوائد ربوية مستترة ، فإن ما ينعاه الطاعنان فى هذا الصدد يكــون على غير أساس " .

(طعن رقم ٣١ لسنة ٤٢ ق جلسة ١٩٧٦/٦/١٤)

٣- " لما كان الثابت من عقد البيع أن الطرفين اتفقا على سداد باقى الثمن على قسطين وأنه إذا تأخر المشترون فى الوفــاء بــأى قسط أو جزء منه التزموا بأداء نصف أجرة الأطيان المبيعــة دون تنبيه أو إنذار فإن هذا الشرط الجزائى يكون فى حقيقته اتفاقا علــى فوائد عن هذا التأخر فى الوفاء بالتزام محله مبلغ من النقود يخضع لحكم المادة ٢٢٧ من القانون المدنى ، فلا يجوز أن يزيــد ســعر الفائدة المتفق عليها عن سبعة فى المائة وإلا وجب تخفيضها إلــى هذا الحد " .

(طعن رقم ١٦١ لسنة ٤١ ق جلسة ١٩٧٨/٣/٢١)

٢٩٥- تعلق الحد الأقصى للفوائد بالنظام العام :

الحد الأقصى للفوائد مما يتعلق بالنظام العام ، ومن ثم لايجــوز الاتفاق على خلافه كما ذكرنا سلفا فضلا عن أنه - كمــا أشــرنا-

يسرى على الاتفاقات السابقة على العمل بالقانون الجديد ابتداء مـــن تاريخ العمل بالقانون الجديد ١٥ أكتـــوبر ســـنة ١٩٤٩ ، فتحســـب الفوائد المستحقة منذ التاريخ الأخير طبقا لحكم القانون الجديد .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" إن كل اتفاق على فائدة تزيد على الحد الجائز الاتفـــاق عليـــه قانونا يكون باطلا فيما زاد على هذا الحد . وهذا الـــبطلان مطلـــق لأن سببه مخالفة القانون والنظام العام ، ولذلك لاتصح إجازته ولو صراحة ، ومن باب أولى لاتصح إجازته ضمنا باستبدال دين آخر به أو بإقراره بصلح ولو كان أمام القاضى . وكل ما دفع زائدا على الفوائد الجائز الاتفاق عليها يجوز بمقتضى المادة ١٤٥ من القانون المدنى ، المطالبة برده ، فإن حكم هذه المادة عام غيـــر مقصـــور على الأحوال التى يكون الدفع فيها واقعا عن غلط ".

(طعن رقم ٤٩ لسنة ٩ ق جلسة ١٩٤٠/٥/٩)

٢- (أ)- "إن الشارع قد حرم زيادة فائدة الـــديون علـــى حـــد أقصى معلوم ونص على تخفيضها إليه وحرم على الـــدائن قـــبض الزيادة وألزمه برد ما قبضه منها .

ولما كان هذا التحريم مطلقا لا استثناء فيه ، وهو مـــن النظـــام العام ، فإنه يكون واردا على الزيادة فى فائدة الديون جميعـــا بـــلا

تفرقة بينهما ، سواء منها الديون ذات الفائدة المحققة والـديون ذات الفائدة المحتملة . وإذ كان الاتفاق على مثل هذه الفوائد باطلا بطلانا مطلقا لا تلحقه الإجازة بحال ، وكان لمن دفع تلـك الفوائـد حـق استرداد الزائد منها على الحد القانونى ، فإن تعرض المحكمة لنيـة المتعاقدين وقولها إن المدين لم يكن ينوى استرداد المـدفوع منـه زائدا على الفائدة القانونية يكون من الخطأ ، لأن هذه النيـة ، لـو صح وجودها ، لا يمكن أن يكون لها تأثير فى الاسـترداد المقـرر بحكم القانون " .

(طعنان رقما ٩١، ٩٦ لسنة ١٤ ق جلسة ١٩٤٥/٥/١٧)

(ب)- " إن القانون المدنى إذ نص فى المادة ١٤٥ على أن من أخذ شيئا بغير استحقاق وجب عليه رده ، وهذا نص عام يشمل كل مبلغ مدفوع لغير مستحقه فيدخل تحته المدفوع زائدا علـى الفائـدة الجائز الاتفاق عليها ، وإذ نص فى المادة ١٤٦ على إلزام الآخـذ بفوائد ما أخذ إذا أخذه مع علمه بعدم استحقاقه إياه- إذ نص علـى هذا وذاك فإنه يكون قد أوجب على الأخذ أن يرد ما أخذه فى الحال وأن يكون المبلغ المدفوع زائدا على الفائدة القانونية دينا لمن دفعـه على من قبضه مستحق الأداء يوم قبضه ، ومن ثـم تحصـل بـه المقاصة يومئذ بحكم القانون طبقا للمادة ١٩٤ من القانون المدنى".

(طعنان رقما ٩١، ٩٦ لسنة ١٤ ق جلسة ١٩٤٥/٥/١٧)

٣- " يسرى السعر المقرر بالمادة ٢٢٧ من القانون المدنى الجديد من تاريخ العمل بهذا القانون على العقود المبرمة قبل هذا التاريخ لأن الحد الأقصى للفائدة التى يجوز الاتفاق عليها قانونا هو من قواعد النظام العام " .

(طعن رقم ٢٤٤ لسنة ٢٣ ق جلسة ١٩٥٧/١١/٢٨)

٤- " تقضى المادة ٢٢٧ من القانون الجديد بتخفيض الفوائد الاتفاقية إلى ٧% ولم يستثن هذا النص من تطبيقه الاتفاقات السابقة على صدوره كما فعل القانون ٢٠ لسنة ١٩٣٨ ولما كان تعيين الحد الأقصىللفائدة التى يجوز الاتفاق عليها هو مما يتصل بالنظام العام، فإن حكم هذه المادة ينطبق بأثر فورى من تاريخ العمل بالقانون الجديد فى ١٩٤٩/١٠/١٥ ويسرى السعر المخفض من هذا التاريخ حتى على الاتفاقات السابقة عليه وذلك بالنسبة للفوائد التى تستحق منذ نفاذ ذلك القانون ".

(طعن رقم ١١٥ لسنة ٢٨ ق جلسة ١٩٦٣/٦/٢٧)

٢٩٦ـ استثناء العمليات المصرفية من الحد الأقصى للفوائد :

تنص المادة ١٤ من القانون رقم ٨٨ لسنة ٢٠٠٣ بإصدار قانون البنك المركزى والجهاز المصرفى والنقد على أن :

" مجلس إدارة البنك المركزى هو السلطة المختصة بتحقيق أهداف البنك ووضع السياسات النقدية والائتمانية والمصرفية وتنفيذها وله فى سبيل ذلك جميع الصلاحيات ، وعلى الأخص ما يأتى :

(أ) تحديد أدوات ووسائل السياسة النقدية التى يمكن اتباعها وإجراءات تنفيذها ، وتحديد أسعار الائتمان والخصم ومعدلات العائد عن العمليات المصرفية التى يجريها البنك المركزى ، حسب طبيعة هذه العمليات وآجالها ، وذلك دون التقيد بالحدود المنصوص عليها فى أى قانون آخر ، وتحديد القواعد التى تتبع فى تقييم الأصول التى تقابل أوراق النقد المصرى .

(ب)- .... الخ .

ومفاد ما تقدم أن الشارع استثنى العمليات المصرفية من قيد الحد الأقصى للفائدة الاتفاقية المنصوص عليه بالمادة ٢٢٧ من القانون المدنى ، فرخص لمجلس إدارة البنك المركزى فى تحديد أسعار الفوائد التى يجوز للبنوك أن تتعاقد فى حدودها بالنسبة لكل نوع من هذه العمليات وذلك وفقا لضوابط تتسم بالمرونة وتتمشى مع سياسة النقد والائتمان التى تقرها الدولة فى مواجهة ما يجد من الظروف الاقتصادية المتغيرة .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

(أ)- " حرم الشارع بنص المادة ٢٢٧ من القانون المدنى زيادة فائدة الديون على حد أقصى معلوم مقداره ٧% ونص على تخفيضها إليه وحرم على الدائن قبض الزيادة وإلزامه برد ما قبضه

منها – مما مؤداه أن كل اتفاق عَلى فائدة تزيد على هذا الحد يكون باطلاً بطلانا مطلقا لا تلحقه الإجازة وذلك لاعتبارات النظام العام التى تستوجب حماية الطرف الضعيف فى العقد من الاستغلال" .

(ب)- " أجاز الشارع فى المادة السابعة فقرة (د) من القانون رقم ١٢٠ لسنة ١٩٧٥ بشأن البنك المركزى المصرى والجهاز المصرفى لمجلس إدارة ذلك البنك " تحديد أسعار الخصم وأسعار الفائدة الدائنة والمدينة على العمليات المصرفية حسب طبيعة هذه العمليات وآجالها ومقدار الحاجة إليها وفقا لسياسة النقد والائتمان دون التقيد بالحدود المنصوص عليها فى أى تشريع آخر " وهو ما يدل على اتجاه قصد الشارع إلى استثناء العمليات المصرفية من قيد الحد الأقصى للفائدة الاتفاقية المنصوص عليه فى المادة ٢٢٧ من القانون المدنى ، ولكنه لم يشأ مسايرة بعض التشريعات الأجنبية فيما ذهبت إليه من إلغاء هذا القيد كلية ، فرخص لمجلس إدارة البنك المركزى فى تحديد أسعار الفوائد التى يجوز للبنوك أن تتعاقد فى حدودها بالنسبة لكل نوع من هذه العمليات وذلك وفقا لضوابط تتسم بالمرونة وتتمشى مع سياسة النقد والائتمان التى تقرها الدولة فى مواجهة ما يجد من الظروف الاقتصادية المتغيرة ".

(ج)- " إنه وإن كان الترخيص المشار إليه قد صدر لمجلس إدارة البنك المركزى فى إطار المادتين الأولى والسابعة من القانون

رقم ١٢٠ لسنة ١٩٧٥ اللتين تمنحان للبنك المركزى سلطة تنظيم السياسة النقدية والائتمانية والمصرفية والإشراف على تنفيذها وفقا للخطة العامة للتنمية الاقتصادية والاجتماعية طبقا للسياسة العامة للدولة إلا أن ذلك لا يعنى أن القرارات التى يصدرها مجلس إدارة البنك المركزى استنادا إلى الفقرة (د) من المادة السابعة المشار إليها، وتتضمن رفعاً لسعر الفائدة الذى يجوز للبنوك التعاقد عليها فى عملياتها المصرفية تعتبر من قبيل القواعد المتعلقة بالنظام العام التى تسرى بأثر مباشر على ما يستحق فى ظلها من فوائد العقود السابقة على العمل بها ، ذلك أن الأصل فى استحقاق الفوائد الاتفاقية هو اتفاق الدائن مع المدين ، فإذا اتفق الطرفان على سعر معين فلا يجوز للدائن أن يستقل برفعه ، ويبين من النص المشار إليه أن الشارع التزم هذا الأصل ، إذ تدل صياغته على أن الشارع قصد سريان الأسعار الجديدة على العقود التى تبرمها البنوك بعد العمل بهذه الأسعار ، مما مؤداه أن تظل العقود السابقة محكومة بالأسعار المتفق عليها فيها وخاضعة للقوانين التى نشأت فى ظلها وهو ما التزمت به القرارات الصادرة من مجلس إدارة البنك المركزى فى هذا الشأن حيث نصت القاعدة الثامنة من القواعد العامة التى تصدرت كتاب البنك المركزى الصادر فى أول يوليو سنة ١٩٧٩ بأسعار الخدمات المصرفية الموحدة على أن " تسرى

هذه الأسعار على العقود والعمليات التى أبرمت فى ظلهـا ، أمـا بالنسبة للعمليات القائمة التى أبرمت قبل صدورها فإن العبرة بما تم عليه التعاقد أى أن العقود تظل محكومة بالأسعار التى كانت سارية وقت التعاقد" كما تضمنت قرارات البنك المركزى الأخـرى التـى صدرت استنادا إلى الفقرة (د) المشار إليها بندا يقضـى بسـريان الأسعار الواردة بها على العقود الجديدة والعقود المجددة والعقـود القائمة فى حالة سماحها بذلك وهو ما يؤكد أن قصد الشـارع لـم ينصرف إلى سريان الأسعار المرتفعة الجديدة تلقائيـا علـى مـا يستحق فى ظلها من فوائد العقود السابقة على العمل بها ، لما كـان ذلك وكانت العلاقة بين البنوك وعملائها تخضع بحسـب الأصـل لمبدأ سلطان الإرادة ، فإن قرارات البنك المركزى المشار إليهـا لا تعتبر على إطلاقها من قبيل القواعد القانونية المتعلقة بالنظام العـام ولا يترتب البطلان على مخالفتها فيما تعقده البنوك مع عملائها من عقود مصرفية إلا إذا جاوز سعر الفائدة المتفق عليـه بهـا الحـد الأقصى الذى تحدده تلك القرارات إذ يجرى عليها فى هذه الحالـة ذات الحكم المقرر بالنسبة لتجاوز الحد الأقصى للفوائد المنصوص عليه فى المادة ٢٢٧ من القانون المدنى ، اعتباراً بأن الحد الأقصى المقرر للفائدة التى يجوز الاتفاق عليها قانوناً هو- وعلى ما جـرى به قضاء هذه المحكمة- مما يتصل بقواعد النظام العام ".

(د)- "مؤدى ما تقدم أن العقود السابقة على العمل بالقانون رقم ١٢٠ لسنة ١٩٧٥ تبقى بعد نفاذه محكومة بما تضمنته نصوصها وخاضعة للقانون الذى نشأت فى ظله ما لم يتفق أطرافها على تعديل سعر الفائدة طبقاً للقرارات الجديدة ، ولايغير من ذلك أن يكون متفقا بهذه العقود على تخويل البنك الدائن رخصة رفع السعر المتفق عليه فيها دون حاجة لموافقة مجددة من المدينين ، لأن هذا الاتفاق يكون قد انعقد مقيداً بالحد الأقصى للفائدة الذى كان معمولا به وقت العقد ، فلا يستطيع البنك الدائن أن يرفع بإرادته المنفردة سعر الفائدة فى ظل القرارات الجديدة إلى ما يجاوز هذا الحد ".

(طعن رقم ١٦٠٧ لسنة ٤٨ ق جلسة ١٩٨٣/٦/٢٧)

٢- (أ)- " المقرر- فى قضاء محكمة النقض- أن أسعار الخصم وأسعار الفائدة الدائنة والمدينة التى يحددها مجلس إدارة البنك المركزى على العمليات المصرفية عملا بالمادة السابعة فقرة (د) من القانون رقم ١٢٠ لسنة ١٩٧٥ بشأن البنك المركزى والجهاز المصرفى تسرى على العقود والعمليات التى تبرم أو تجدد فى ظل سريان هذا القانون وكذا العقود والعمليات السابقة فى حالة سماحها بذلك ".

(ب)- " المقرر- فى قضاء هذه المحكمة- أن العلاقة بين البنوك وعملائها تخضع بحسب الأصل لمبدأ سلطان الإرادة بما مؤداه

أن النص فى العقود التى تبرم معهم علىتخويل البنك الدائن رخصة رفع سعر الفائدة المتفق عليها دون حاجة لموافقة مجددة من المدين وذلك طبقا لما يصدره البنك المركزى من قرارات ثم قيام البنك المقرض بتعاطى هذه الرخصة ليس معناه أن تعديل سعر الفائدة بالزيادة فى هذه الحالة راجعا إلى محض إرادة الدائن وحده بل هو نتيجة لتلاقى كامل إرادة طرفى القرض على تعيين سعر الفائدة بما يحدده البنك المركزى من حد أقصى لما يجد من عموم متغيرات الظروف الاقتصادية بما يكفل صالح الاقتصاد القومى فى مجموعه بغض النظر عن المصلحة الفردية التى قد تعود على المقترض من استثمار مبلغ القرض وما يحققه له ذلك من عائد ونسبته " .

(طعن رقم ٣٣٢١ لسنة ٥٩ ق جلسة ١٩٩٦/١١/٧)

٣- " استثناء العمليات المصرفية من قيد الحد الأقصى للفائدة الاتفاقية . عدم إلغاء هذا الحد كلية . الترخيص لمجلس إدارة البنك المركزى فى تحديد أسعار الفوائد التى يجوز للبنوك التعاقد فى حدودها على العمليات المصرفية . ق ١٢٠ لسنة ١٩٧٥ . سريان الأسعار على العقود والعمليات التى تبرم أو تجدد فى ظل هذا القانون سريانها على العقود السابقة على صدوره . شرطه " .

(طعن رقم ٣٠٤٥ لسنة ٨٥ ق جلسة ١٩٩٨/١٠/٢٩)

٤- " العلاقة بين البنوك وعملائها . خضوعها لمبدأ سلطان

الإرادة . قرارات البنك المركزى . ليست على إطلاقها من القواعد المتعلقة بالنظام العام . مؤداه خضوع عقود البنوك مع عملائها لهذه القواعد فى حالة تجاوز سعر الفائدة للحد الأقصى لهذه القرارات".

(طعن رقم ٨٧٩ لسنة ٦٨ ق جلسة ٢٠٠٠/٦/٦)

٥- " أجاز المشرع فى المادة السابعة فقرة (د) من القانون رقم ١٢٠ لسنة ١٩٧٥ بشأن البنك المركزى المصرى والجهاز المصرفى لمجلس إدارة هذا البنك " تحديد أسعار الخصم وأسعار الفائدة الدائنة والمدينة على العمليات المصرفية حسب طبيعة هذه العمليات وآجالها ومقدار الحاجة إليها وفقا لسياسة النقد والائتمان دون التقيد بالحدود المنصوص عليها فى أى تشريع آخر " وهو ما يدل على اتجاه قصد الشارع – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – إلى استثناء العمليات المصرفية من قيد الحد الأقصى للفائدة الاتفاقية المنصوص عليه فى المادة ٢٢٧ من القانون المدنى، وهو ما حدده الهيكل المنظم لسعر الفائدة الصادر من مجلس إدارة البنك المركزى المعمول به اعتبارا من ١٩٨٩/٥/١٥ على الودائع والقروض والسلفيات والخصم للعملاء " .

(طعن رقم ٣٧٧٨ لسنة ٦٤ ق جلسة ٢٠٠٤/٢/١٧)

مـــادة (٢٢٨)

لايشترط لاستحقاق فوائد التأخير قانونية كانت أو اتفاقيــة أن يثبت الدائن ضررا لحقه من هذا التأخير .

الشــرح

٢٩٧- عدم اشتراط حصول ضرر لاستحقاق الفوائد:

تنص المادة صراحة على أنه لا يشترط لاستحقاق فوائد التأخير قانونية كانت أو اتفاقية[1] حصول ضرر للدائن . فلا يشترط القانون إذن أن يثبت الدائن أن ضررا أصابه من التــأخر فــى الوفــاء . فالقانون يفرض فرضا غير قابل لإثبات العكس أن مجــرد تــأخر المدين عن الوفاء بالمبلغ الذى فى ذمته يحــدث ضــررا للــدائن . ولايستطيع المدين من ناحية أخرى أن ينفى وقوعه . والحكمة فــى هذا الاستثناء أن النقود تقبل دائما الاستثمار والتوظيف بأى وجه من الوجوه . فإذا تأخر المدين فى الوفاء بالدين عــن الميعــاد المتفــق عليه، افترض أنه حرم الدائن من فوائد الدين التى كان ينتجها لــو أنه قبضه فى الميعاد وقام بتوظيفه .

(١) يلاحظ أن الفائدة التأخيرية الاتفاقية هى من قبيل الشرط الجزائى لأنهــا تقدير للتعويض عن التأخير مقدما- ورغــم أن المــادة ١/٢٢٤ مــن القانون المدنى تبطل العمل بالشرط الجزائى إذا أثبت المدين أن الدائن لم يصبه ضرر من التأخير أو من عدم التنفيــذ ، إلا أن هــذا الحكــم لايسرى على الفائدة التأخيرية التى هى تعويض عن التــأخير (عبــد المنعم البدراوى ص ١٠٤ وما بعدها) .

ومتى استغنى المشرع عن إثبات ركن الضـــرر ، أو اعتبـــره مفروضا مفروضا فرضا غير قابل لإثبات العكس ، فإن ذلك يستتبع عدم الحاجة إلى شرط آخر من الشروط الأربعـــة اللازمـــة وفقـــا للقواعد العامة فى استحقاق التعويض عن عدم التنفيذ أو عن التأخر فى التنفيذ ، ذلك هو شرط السببية بين الضرر وبين عدم التنفيـــذ أو التأخر فيه ، لأنه متى كان الضرر غير لازم ، فلا محـــل لإثبـــات السببية بينه وبين عدم التنفيذ وبناء على ذلك يستغنى فـــى ســـريان فوائد التأخير عن شرطين من الشروط الأربعة اللازمة لاســـتحقاق التعويض بوجه عام هما شرطا الضرر والسببية ، ولايبقى ثمة محل إلا لشرطى عدم التنفيذ أو التأخير فى التنفيذ وشرط الإعذار [١].

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" مع أن فوائد التأخر ليست على وجه الإجمال إلا صورة مـــن صور التعويض ، إلا أنها تستحق دون أن يلزم الدائن بإثبات خطـــأ المدين ، بل ولا بإقامة الدليل على ضرر حـــل بـــه . فالأصـــل أن

---

(١) سليمان مرقس ص ١٦٣- ولم يكن فى التقنين المصرى الملغى نـــص صريح على عدم اشتراط الضرر ، ولكن نص المادة ١٢٤/١٨٢ كان يشعر به حيث كانت تقول هذه المادة : " إذا كان المتعهد به عبارة عن مبلغ من الدراهم فتكون فوائده مستحقة من يوم المطالبة الرسمية فقط " وقد أخذت المحاكم المصرية بذلك .

تقدير هذه الفوائد تقدير جزافى ، سواء أحسبت على أساس السعر القانونى ، أم على أساس سعر اتفاقى.... الخ "[١] .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " تنص المادة ٢٢٨ من القانون المدنى على أنه " لايشترط لاستحقاق فوائد التأخير قانونية كانت أو اتفاقية أن يثبت الدائن أن ضررا لحقه من هذا التأخير " . ومفاد ذلك أن القانون افترض الضرر افتراضا غير قابل لإثبات العكس " .

(طعن رقم ٤٧٥ لسنة ٢٩ ق جلسة ١٩٦٤/٦/١١)

٢- " إذا كانت الفوائد التأخيرية تفترض حلول أجل الوفاء بالدين وترصد على تعويض الضرر الناشئ عن التأخير فى هذا الوفاء ، وكان المشروع قد نص فى المادة ٢٢٨ من التقنين المدنى على أنه لايشترط لاستحقاق فوائد التأخير – قانونية كانت أو اتفاقية– أن يثبت الدائن ضررا لحقه من هذا التأخير ، بما مفاده أنه يفترض وقوع الضرر بمجرد التأخير فى الوفاء إلا أن ذلك لا ينفى وجود توافر ركن الخطأ فى جانب المدين حتى تتحقق مسئوليته ، وإذ كان تأخر المدين فى الوفاء بدينه فى الأجل المحدد له يعتبر خطأ فى حد ذاته إلا أنه إذا ثبت أن هذا التأخير يرجع إلى سبب أجنبى لا يد

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٢ ص ٥٩٣ .

للمدين فيه انتفت مسئوليته ، لما كان ذلك وكان فــرض الحراســة الإدارية على أموال شخص بمقتضى الأمر رقم ١٣٨ لسنة ١٩٦١ يوجب – بمجرد صدور الأمر به– غل يد ذلك الشخص عــن إدارة أمواله وأخصها سداد التزاماته واقتضاء حقوقه – فإنه يترتب علــى فرض هذه الحراسة وقت سريان الفوائد التأخيرية – قانونية كانــت أو اتفاقية – على الديون التى حل أجل الوفاء بها بعد صدور قــرار فرض الحراسة ".

(طعن رقم ٩١٧ لسنة ٥٠ ق جلسة ١٩٨٥/٤/٢٩)

مـــادة (٢٢٩)

إذا تسبب الدائن ، بسوء نية ، وهو يطالب بحقه ، فى إطالـــة أمد النزاع ، فللقاضى أن يخفض الفوائد قانونية كانت أو اتفاقيـــة أو لايقضى بها إطلاقا عن المدة التى طال فيها النزاع بلا مبرر.

الشـــرح

٢٩٨- تخفيض الفوائد أو الإعفاء منها فى حالة إطالة أمد النزاع بسوء نيـة :

قد يرى الدائن أن مصلحته ألا يوفى المدين بالالتزام لكى يستمر سريان الفوائد التأخيرية عليه ، نظرا لانخفاض سعر الفائـــدة فـــى السوق عن السعر المقرر لفائدة التأخير مثلا ، فيتعمد إطالـــة أمـــد النزاع.

مثل ذلك أن يلجأ إلى إنكار إمضائه على مخالصة صادرة منـــه عن جزء من الدين فيتعين إتباع إجراءات تحقق التوقيع ويطول أمد النزاع من جراء ذلك أو أن يلجأ الدائن إلى إيـــداء دفـــوع يطـــول الفصل فيها أو إلى رد القاضى ، فيطول بذلك أيضا أمد النزاع .

وإطالة أمد النزاع بسوء نية لا يقتضى بطبيعة الحال الالتجـــاء دائما إلى القضاء ، وإنما يكفى أن يتبع الدائن فى إجراءات المطالبة بحقه سبل لا مبرر لها إلا إطالة أمد النزاع . من ذلك مثلا إعـــذاره المدين ورفضه قبول الدين دون سبب مشروع مما يضطر المـــدين

أن يسلك إجراءات العرض الحقيقى ، فيعمد الدائن إلى إطالة أمد هذا العرض وهكذا[١] .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" إعمال الجزاء المنصوص عليه فى المادة ٢٢٩ من القانون المدنى بتخفيض الفوائد القانونية كانت أو اتفاقية ، أو عدم القضاء بها إطلاقا ، لايستلزم على ما أفصحت عنه المذكرة الإيضاحية- رفع خصومة إلى القضاء يكون الدائن مدعيا فيها ، بل يكفى أن يلجأ الدائن فى المطالبة بحقه إلى إجراءات لا طائل من بطئها . وإذ كان عرض المدينين للباقى من دين الطاعن لتبرئة ذمتهم يستلزم وقوفهم على حقيقة هذا الباقى ، وكان الحكم قد خلص إلى أن المدينين لم يتمكنوا من معرفة هذا الباقى رغم إنذارهم البنك المرة بعد الأخرى ومقاضاته ، وهذا الذى خلص إليه الحكم له أصله الثابت فى الأوراق ، فإن النعى عليه – لإسقاط الفوائد استنادا إلى أن البنك الطاعن قد تسبب بسوء نيته فى إطالة أمد النزاع – يكون على غير أساس " .

(طعن رقم ٤١٣ لسنة ٣٦ ق جلسة ١٩٧٣/٢/٨)

---

(١) السنهورى جـ٢ ص ٨٥٤ ومابعدها – نبيل إبراهيم سعد ص ٩٠.

٢٩٩ـ ضـــرورة ســـوء النيــة :

يجب لتخفيض الفوائد أو الإعفاء منها أن يتسبب الدائن بســوء نية متعمدا الإضرار بالمدين، وهو يطالب بحقه فى إطالة أمد النزاع . فسوء النية ضرورى فلا يكفى وقوع خطأ من الدائن فى مسلكه فى الدفاع عن الخصومة ولو كان هذا الخطأ جسيما ، طالما أنه لم يكن سئ النية ، وتعمد الإضرار بالمدين [١].

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

لايكفى لإعمال الجزاء المنصوص عليه فى المــادة ٢٢٩ مــن القانون المدنى وقوع خطأ من الدائن فى مسلكه فـــى الـــدفاع عــن

---

(١) وكانت المادة (٣٠٧) من المشروع التمهيدى المقابلة للمادة (٢٢٩) مدنى تكتفى بخطأ الدائن فكانت تنص على أن : " إذا تسبب الـــدائن ، وهـــو يطالب بحقه ، فى إطالة أمد النزاع بخطئـــه ، فللقاضـــى أن يخفــض الفوائد، قانونية كانت أو اتفاقية ، وألا يقضى بها إطلاقا عن المدة التى طال فيها النزاع بلا مبرر" – وعند مناقشة المادة بلجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ اقترح رئيس اللجنة الأخذ بنص القانون الفرنسى فـــى هذا المقام والتعبير بسوء النية بدلا من الخطأ ، وقد وافقت اللجنة على ذلك وجاء بتقريرها أنه : " رأت اللجنة أن تدخل عبارة " بســوء نيـــة" بدلا من كلمة " بخطئه " لأن فكرة الخطأ قد تتسع لفروض لا يحســـن فيها توقيع هذا الجزاء . ولهذا آثرت اللجنة أن يكون الجـــزاء قاصـــرا على حالة سوء النية وحدها " .

(مجموعة الأعمال التحضيرية جـــ٢ ص ٥٨٨ ومابعدها) .

الخصومة ولو كان هذا الخطأ جسيما ، بل لابد من ثبوت سوء نيته وتعمده الإضرار بالمدين حتى تتراكم عليه الفوائد ، ومن ثم فإن مجرد إبداء الدائن دفاعا يخفق فى إثباته لا يدل بذاته على أنه كان سئ النية فى إطالة أمد التقاضى بل لابد لذلك من أن يثبت أن هذا الدفاع كيدى وأن القصد من تقديمه إطالة أمد التقاضى إضرارا بالمدين ".

(طعن رقم ٣٣١ لسنة ٣٥ ق جلسة ١٩٦٩/٧/٣)

٣٠٠ـ إثبات سوء نية الدائن :

يقع على عاتق المدين إثبات سوء نية الدائن فى إطالة أمد النزاع لزيادة الفوائد ، كما يجب أن يشير الحكم إلى أدلة سوء النية .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" إذا كان الحكم المطعون فيه قد بين الإجراءات التى قام بها الطاعن (الدائن) بقصد إطالة أمد النزاع ودلل على سوء نيته بأسباب سائغة من شأنها أن تؤدى إلى النتيجة التى انتهى إليها وقضى بتخفيض الفائدة المتفق عليها وفقا للمادة ٢٢٩ من القانون المدنى ، فإن ما ينعاه الطاعن على الحكم المطعون فيه من الخطأ فى تطبيق هذه المادة يكون على غير أساس " .

(طعن رقم ٣٧٢ لسنة ٢٩ ق جلسة ١٩٦٤/١٠/٢٢)

إنما لايترتب على تراخى الدائن فى تنفيذ الحكم الصادر لصالحه عدم استحقاقه لفوائد التأخير .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" تقرير الحكم المطعون فيه أنه يترتب على تراخى الدائن فى تنفيذ الحكم الصادر لصالحه عدم استحقاقه لفوائد التأخير غير صحيح فى القانون ، ذلك أن التراخى فى التنفيذ لا يكون له أثر فى المدة السابقة على صدور الحكم الابتدائى ولايمنع من استحقاق الفوائد إذ كان على المدين أن يوفى بالدين أو أن يتمسك بأى سبب من أسباب انقضائه ".

(طعن رقم ٤٧٥ لسنة ٢٩ ق جلسة ١٩٦٤/٦/١١)

٣٠١ـ أثر إطالة أمد النزاع بسوء نية :

إذا تسبب الدائن بسوء نية وهو يطالب بحقه ، فى إطالة أمد النزاع ، جاز للقاضى أن يخفض الفوائد أو لايقضى بها إطلاقا ، وذلك عن المدة التى طال فيها النزاع بلا مبرر . أى أن التخفيض أو الإعفاء من الفوائد لاينسحب إلا عن هذه المدة .

وبديهى أن هذا الحكم لايسرى على الفوائد التى تستحق من تاريخ صدور الحكم النهائى ، إذ يرجع تراكمها إلى تقصير المدين وعدم قيامه بالوفاء .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" ويستثنى كذلك من اعتبار التقدير فى فوائد التأخر جزافا : ما تقضى به المادة ٣٠٧ من المشروع فهى تبيح للقاضى ، على نقيض ما تقدم فى الحالة السابقة ، " أن يخفض فوائد التأخر ، قانونية كانت أو اتفاقية ، وألا يقضى بها إطلاقا ، عن المدة التى يطيل فيها الدائن أمد النزاع فى المطالبة بحقه بخطأ منه دون مبرر يستلزم تلك الإطالة " ، بيد أن أثر هذا التخفيض أو ذاك الإسقاط لاينسحب إلا على الفترة التى يطول فيها أمد النزاع ، دون مبرر، من جراء خطأ الدائن . ولايستلزم إعمال هذا النص رفع خصومة إلى القضاء ، بل يكفى أن يلجأ الدائن فى المطالبة بحقه إلى إجراءات لا طائل فى بطئها . على أن انتفاع المدين بحكم هذه المادة مشروط بإقامة الدليل على وقوع خطأ من الدائن . وقصارى القول أن استثناء هذه الحالة لايعدو أن يكون تطبيقا لفكرة الخطأ المشترك ، وقد تقدم أن الأثر المعتاد لهذا الخطأ هو انتقاص التعويض ، وقديما فطنت محكمة الاستئناف الأهلية إلى هذا التطبيق (١٠ مارس سنة ١٨٩٦ حقوق ١١ ص ١٧٥) فهو من هذه الوجهة، ليس بالجديد كل الجدة بالنسبة للقضاء المصرى "[١].

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٢ ص ٥٩٤ .

٣٠٢ـ عدم تعلق أحكام المادة بالنظام العام :

لايتعلق نص المادة ٢٢٩ بالنظام العام ، ومــن ثــم لا يجــوز للمحكمة تخفيض الفوائد أو عدم القضاء بها من تلقاء نفســها، بــل يجب أن يتمسك المدين بذلك [١].

---

(١) المستشار أنور طلبه ص ٣٨٧ .

مــادة (٢٣٠)

عند توزيع . ثمن الشئ الذى بيع جبرا ، لا يكــون الــدائنون المقبولون فى التوزيع مستحقين بعد رسو المزاد لفوائد تأخير عن الأنصبة التى تقررت لهم فى هذا التوزيع إلا إذا كان الراسى عليه المزاد ملزما بدفع فوائد الثمن ، أو كانت خزانة المحكمة ملزمــة بهذه الفوائد بسبب إيداع الثمن فيها ، على ألا يتجاوز ما يتقاضاه الدائنون من فوائد فى هذه الحالة ما هو مستحق منها قبل الراسى عليه المزاد أو خزانة المحكمة . وهذه الفوائد تقسم بين الــدائنين جميعا قسمة غرماء .

الشــرح

٣٠٣- الأصل عــدم استحقاق فوائــد تــأخير عــن المبــالغ الناتجة عن البيع الجبرى :

لاحظ المشرع أن المدين يتحمل غرما فادحا من جــراء بــطء إجراءات توزيع الثمن الناتج عن البيع الجبرى ، فقد تطــول هــذه الإجراءات زمنا طويلا دون ذنب منه ، وتتراكم عليه بسبب ذلــك فوائد الديون طوال المدة التى تستغرقها إجراءات التوزيع ، فيضــر ذلك بالمدين نفسه وهذا ظاهر ، كما يضر بالــدائنين العــاديين أو الدائنين المقيدين المتأخرين فى الترتيب بسبب تضخم فوائد الديون ، فرأى أن يعالج الأمر علاجا مستحدثا فنص فى المادة ٢٣٠ على أنه

بمجرد رسو مزاد مال معين من أموال المدين يقف سريان فوائد التأخير التى يجوز لدائنيه أن يتقدموا بها فى توزيع ثمن هذا المال بالذات . وهذا الوقف يخفف العبء عن المدين ذاته من جهة ، ويحافظ من جهة أخرى على النسبة التى كانت قائمة بين مراكز دائنيه فى تاريخ رسو المزاد من حيث مقدار ما تجمد لهم من ديون وفوائد ، لأن كل إضافة لاحقة إلى ما كان يستحقه فى ذلك التاريخ الدائن الأول فى الترتيب تؤثر فى حقوق الدائنين التالين أو العاديين(١).

٣٠٤ـ استثناءان يستحق فيهما الدائنون الفوائد :

استثنى المشرع من القاعدة السابقة حالتان يستحق فيهما الدائنون فوائد التأخير بعد رسو المزاد هما :

١- أن يكون الراسى عليه المزاد ملزما بدفع فوائد الثمن :

إذا كان الراسى عليه المزاد ملزما بدفع فوائد الثمن ، نظير عدم سداده ، فإن الدائنين يستحقون فوائد هذا الثمن .

٢- أن تكون خزانة المحكمة ملزمة بفوائد الثمن :

إذا أودع ثمن المال خزانة المحكمة ، وكانت الخزانة ملزمة بفوائده بسبب إيداع الثمن فيها ، فإن الدائنين يستحقون فوائد هذا الثمن .

---

(١) السنهورى جـ٢ ص ٨٥٦ – سليمان مرقس ص ١٧٤ ومابعدها .

والحكمة من هذين الاستثنائين ، أن حرمان الدائنين من فوائد التأخير بمجرد رسو المزاد لا يكون له ما يبرره طالما أن الثمن استمر ينتج فوائد بعد رسو المزاد .

غير أنه يجب ألا يتجاوز ما يتقاضاه الدائنون من فوائد فى هذه الحالة ما هو مستحق منها قبل الراسى عليه المزاد أو خزانة المحكمة .

وهذه الفوائد تقسم بين الدائنين جميعا قسمة غرماء [1].

فإذا بيع أحد أموال المدين بمبلغ أربعة آلاف وخمسمائة جنيه مثلا وكان الدائنون المقبولون فى توزيع هذا المبلغ ثلاثة بلغت ديونهم وفوائدها فى يوم رسو المزاد المبالغ الآتية على التوالى : (أ) ألفا جنيه قيمة الدين و ٤٠٠ جنيه قيمة فوائد التأخير القانونية عن هذا المبلغ لمدة خمس سنوات ، (ب) ألف وخمسمائة جنيه ،

---

(١) وكانت المادة (٣٠٨) من المشروع التمهيدى المقابلة للمادة (٢٣٠) من القانون المدنى- بعد تعديلها بلجنة المراجعة- تنص فى عجزها على أن: "وهذه الفوائد تقسم بين الدائنين جميعا قسمة غرماء دون تمييز بين دائن له ضمان خاص ودائن عادى "- إلا أنه فى لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ اقترح سعادة العشماوى باشا حذف عبارة " دون تمييز بين دائن له ضمان خاص ودائن عادى " الواردة فى آخر المادة لأن قسمة الفوائد بين الدائنين جميعا قسمة غرماء تفيد معنى هذه العبارة " فوافقت اللجنة على ذلك (مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٢ ص ٥٩١ ومابعدها) .

٣٠٠ جنيه فوائد تأخير مدة خمس سـنوات أيضـا ، (ج) مائتـان وخمسون جنيها وخمسون فوائد تأخير خمس سنوات كذلك ، وجب أن يتحدد مركز كل من هؤلاء الدائنين فى يوم رسو المزاد ، فـلا يستفيد أحدهم على حساب الآخرين بسبب طول إجراءات التوزيـع. فمثلا إذا فرضنا أن ثمن المبيع غير منتج فوائد ، تعين توزيع المبلغ الناتج من البيع مهما طالت إجراءات التوزيع ، بحيـث يأخـذ (أ) ٢٤٠٠ جنيه ، (ب) ١٨٠٠ جنيه ، أما لو اسـتمر سـريان فوائـد التأخير طول مدة التوزيع – ولنفرض أنها استغرقت خمس سنوات – فإن دين (أ) سيبلغ ٢٨٠٠ ج وديـن (ب) ٢١٠٠ ج وديـن (ج) ٣٥٠ج .

فإذا كان هؤلاء الدائنون مقيدين جميعا بالترتيب المـذكور فـإن أولهم يأخذ ٢٨٠٠ ج والثانى لا يبقى له إلا ١٧٠٠ ج فى حين أنـه كان فى يوم رسو المزاد يستحق ١٨٠٠ ج ولا يأخذ الثالث شيئا فى حين أنه كان فى يوم رسو المزاد من الممكن أن يسـتوفى حقـه كاملا، فيضار (ب) ، (ج) من طول إجراءات التوزيع . ولتفـادى ذلك قرر المشرع وقف سريان فوائد التأخير ابتداء من تاريخ رسو المزاد .

أما إذا فرضنا أن الثمن أودع خزانة المحكمة بفائدة قدرها ٢% فإنه ينتج فى العام تسعين جنيها فوائد ، ويستحق كل مـن الـدائنين

الثلاثة فوائد التأخير القانونية أى ٨٠ج فى السنة للأول ، ٦٠ج للثانى وعشرة جنيهات للثالث، والجملة ١٥٠ج فتقسم التسعون جنيها التىينتجها الثمن بين الدائنين الثلاثة قسمة غرماء أى أن (أ) يأخذ $\frac{٨٠ \times ٩٠}{١٥٠}$ أى ٤٨ج ويأخذ (ب) ٣٦ ج ويأخذ (ج) ستة جنيها فقط.

وهكذا فىكل عام من الأعوام التى تستغرقها إجراءات التوزيع . وبذلك تنقص فوائد التأخير قانونية كانت أو اتفاقية عن سعرها المحدد فى المادة ٢٢٦ أو فى الاتفاق ، ولايضار المدين من طول إجراءات التوزيع ولايفيد بسبب طولها أحد الدائنين على حساب الآخرين[١] .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

استحدث المشرع حكما ينطوى على حقيقة التجديد ، وإن كان يجانس فى مرماه ذلك الاستثناء الذى أشارت إليه المادتان ٣٠٧، ٣٠٩ من المشروع . فقد نص فى المادة ٣٠٨ على أن فوائد التأخر لاتسرى بسعرها المقرر إلا من وقت رسو مزاد الأموال التى يباشر الدائن إجراءات التنفيذ عليها ، لاستيفاء دينه . فلا يكون للدائن بعد رسو المزاد حق اقتضاء فوائد إلا فى حدود ما يستحق منها قبل الراسى عليه المزاد ، أو قبل خزينة المحكمة ، وبهذا تخفض فوائد

(١) سليمان مرقس ص ١٧٥ ومابعدها .

التأخر ، متى كان سعر الفائدة المستحقة قبل الراسى عليه المزاد ، أو قبل خزينة المحكمة ، أقل من سعر الفائدة الواجبة على المدين، وهو ما يقع فى أغلب الأحيان . وغنى عن البيان أن هـذا الحكـم يعدل كل العدل بحقوق المدين ، ويكفل له من الحماية ما يؤمنه من بطء إجراءات التنفيذ . ثم إنه يحمى الدائنين بعضهم مـن الـبعض الآخر ، من طريق تحقيق المساواة بينهم فى توزيع الفوائد المستحقة قبل الراسى عليه المزاد ، وقبل الخزينة ، إذ تقسـم بيـنهم قسـمة غرماء ، دون تمييز بين دائن مضمون حقه ودائن لا ضمان له"[1].

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٢ ص ٩١ .

مــادة (٢٣١)

يجوز للدائن أن يطالب بتعويض تكميلي يضاف إلى الفوائد إذا أثبت أن الضرر الذى يجاوز الفوائد قد تسبب فيه المــدين بســوء نية .

الشــرح

٣٠٥ـ مطـالبــة الدائن بتعويض تكميلى :

يجوز للدائن أن يطالب بتعويض تكميلي يضاف إلى الفوائــد ، أى تعويض يزيد على ما يستحق من الفوائد القانونيــة أو الاتفاقيــة بشرطين هما :

الشرط الأول :

أن يكون الضرر الذى أصاب الدائن يجاوز الفوائد :

يجب أن تزيد قيمة الضرر الذى أصاب الدائن من جراء التأخير على مقدار الفوائد المستحقة .

ويجب أن يكون هذا الضرر استثنائيا ، وليس الضرر العــادى الذى ينشأ عادة عن مجرد التأخير فى وفاء المدين بإلتزامه ، مثــل ذلك أن يعلم المدين بارتباط الدائن بالتزام يعتمد على الوفاء به على استيفائه لحقه منه ويترتب على عدم استيفائه لهذا الحــق تعرضــه لإجراءات قانونية شديدة من جانب دائنيه قــد تصــل فــى بعــض الأحيان إلى حد شهر الإفلاس . أو يترتب على عدم وفاء المــدين

لالتزامه فى الميعاد المحدد أن يفوت على الدائن ربحا كبيرا ، كأن تفوته صفقة رابحة ، كان يعتمد فى إبرامها على استيفاء حقه مع علم المدين بذلك [١].

ولايشترط أن يكون الضرر الزائد قد أصاب الدائن بعد المطالبة القضائية . فالمطالبة القضائية ليست إلا شرطا لبدء سريان فوائد التأخير بالسعر القانونى أو الاتفاقى [٢].

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" تأخير المدين فى الوفاء بالدين لا يستوجب أكثر من إلزامه بالفائدة القانونية ما لم يثبت أن هذا التأخير كان بسوء نية المدين وترتب عليه إلحاق ضرر استثنائى بالدائن وذلك وفقا للمادة ٢٣١ من القانون المدنى التى جاءت تطبيقا للقواعد العامة وتقنينا لما جرى عليه القضاء فى ظل القانون الملغى . وإذن فمتى كان الحكم المطعون فيه ألزم الطاعنة بالدين على أساس سعرالدولار يوم الاستحقاق وبالفرق بين السعر يوم الاستحقاق والسعر يوم صدور

---

(١) السنهورى جـ٢ ص ٩٢٩ – عبد المنعم البدراوى ص ١٠٦ ومابعدها- نبيل إبراهيم سعد ص٩٢ – محمد على عمران ص ٦٧- وعكس ذلك سليمان مرقس ص ١٦٨ ومابعدها ، فهو يكتفى بأن يكون الضرر الزائد نتيجة طبيعية لتأخر المدين فى تنفيذ التزامه .

(٢) اسماعيل غانم ص ١٤٢ هامش (٢) .

الحكم الابتدائى علاوة على فوائد التأخير بمثابة تعويض عن التأخير فى الوفاء دون أن يستظهر سوء نية الطاعن فإنــه يكــون مشــوبا بالقصور" .

(طعن رقم ١٠٥ لسنة ٢٦ ق جلسة ١٩٦١/٥/٢٢)

الشرط الثانى :

أن يتسبب المدين بسوء نية فى إحداث الضرر الزائد :

ومعنى سوء النية تعمد المدين الإضرار بالدائن فيتعمد التخلــف عن الوفاء بالتزامه وهو عالم بالضرر الزائد الذى يصيب الدائن من جراء ذلك[١] .

---

(١) وكانت المادة (٣٠٩) من المشروع التمهيدى المقابلة للمادة (٣١١) مدنى تشترط لزيادة التعويض أن يثبت الدائن أن " الضرر الذى يجاوز الفوائد قد تسبب فيه المدين ، بغش منه ، أو بخطأ جسـيم " وعللـت مـذكرة المشروع التمهيدى ذلك بقولها : "ويوجه هذا الحكم ما هو ملحوظ مـن أن حرمان الدائن من اقتضاء تعويض إضافى ، فى مثل هذه الحالـة ، يكون بمثابة إعفاء جزئى من المسئولية المترتبة على الغش أو الخطـأ الجسيم ، وهو مالا يجوز ولو بمقتضى اتفاق خاص"، فكان هذا يعتبر فى نظر واضعى المشروع تطبيقا للحكم الذى استقر فى المادة ٢٢١ فقـرة ثانية القاضى بأنه إذا كان الالتزام مصدره العقد ، فلا يلتزم المدين الذى لم يرتكب غشا أو خطأ جسيما إلا بتعويض الضرر الذى كـان يمكـن توقعه عادة وقت العقد ، باعتبار أن الفوائد القانونية تمثل الضرر المتوقع عادة وأن التعويض التكميلى بمثل الضرر المباشر غير المتوقع .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" مفاد نص المادة ٢٣١ من القانون المدنى أنه يشترط للحكم بالتعويض التكميلى بالإضافة إلى الفوائد أن يقيم الدائن الدليل على توفر أمرين أولهما حدوث ضرر استثنائى به لا يكون هو الضرر المألوف الذى ينجم عادة عن مجرد التأخير فى وفاء المدين بالتزامه وثانيهما سوء نية المدين بأن يكون قد تعمد عدم الوفاء بالتزامه وهو عالم بما يحدثه ذلك لدائنه من الضرر.وإذ كان الثابت أن الطاعنين لم يقدموا لمحكمة الموضوع الدليل على قيام هذين الأمرين ، كما لم يطلبوا سلوك طريق معين لإثبات توافرهما فإن الحكم المطعون فيه إذ لم يقض لهم بالتعويض التكميلى يكون صحيحا فى القانون ".

(طعنان رقما٤٧٥، ٤٨٧ لسنة٣٩ ق جلسة ١٩٧٦/١٢/٣٠)

٣٠٦ـ عبء الإثبات :

يقع على عاتق الدائن عبء إثبات توافر الشرطين سالفى الذكر. ويجوز له الإثبات بكافة طرق الإثبات القانونية .

غير أن لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ لم تلتفت إلى الصلة القائمة بين المادتين المذكورتين ، فقررت حذف عبارة " بغش منه أو بخطأ جسيم" من المادة الأولى والاستعاضة عنها بعبارة " بسوء نية " تمشيا مع التعديل الذى أدخل على المادة ٢٢٩ تطبيقا لنص المادة ١١٥٣ فرنسى.

مــادة (٢٣٢)

لايجوز تقاضى فوائد على متجمد الفوائد ، ولايجوز فـــى أيـــة حال أن يكون مجموع الفوائد التى يتقاضاها الدائن أكثر من رأس المال ، وذلك كله دون إخلال بالقواعد والعادات التجارية .

الشـــرح

٣٠٧- عدم جواز تقاضى فوائد على متجمد الفوائد :

هذا النص يحرم تقاضى الفوائد على متجمد الفوائد وهـــو مـــا يعرف بالربح المركب . فلا يجوز ضم الفوائد المستحقة التى لم يتم الوفاء بها إلى رأس المال واحتساب الفوائد بعد ذلك علـــى أســـاس المجموع .

والحكمة من التحريم أنه يترتب على الربح المركب إثقال كاهل المدين بمديونية لاتتناسب قط مع ما يعود عليه من اســـتثمار رأس المال الأصلى . فالربح المركب يؤدى إلى تضاعف رأس المال فى ١٩ سنة إن كانت الفائدة ٤% وفى ١٤ سنة إن كانت الفائـــدة ٥% وفى عشر سنوات إن كان الفائدة ٧% ، بدلا من ٢٥ أو ٢٠ أو ١٤ سنة ، على التوالى، إن كان الربح بسيطا . ولذلك رأى المشرع فى التقنين الجديد تحريمه، بعد أن كان جائزا فى التقنين السابق بشروط.

ويلاحظ أن التحريم لاينصرف إلى كافة الاستحقاقات الدوريـــة. فهو قاصر على الفوائد بالمعنى الدقيق المعروف ، أما الاستحقاقات

الدورية غير الفوائد بالمعنى الفنى الدقيق فلا يسرى عليها هذا التحريم. فيجوز تجميد الأجر والإيرادات المرتبة مدى الحياة والاستحقاق فى الوقف والمطالبة بفوائد تأخيرية قانونية عنها ، أو الاتفاق على أن التأخر فى دفعها ينتج فوائد تأخيرية ، فهذه الاستحقاقات الدورية لا تعد فوائد ، ومن ثم تعتبر رؤوس أموال من حيث استحقاق الفوائد عنها [1].

وقد حرص النص على أن يستثنى من حكمه ، ما جرى به القواعد والعادات التجارية ، التى تسمح بتقاضى فوائد على متجمد الفوائد ، مثل احتساب فوائد مركبة حتى عن المستحق منها لمدة تقل عن سنة ، كما فى الحساب الجارى ، دون مطالبة قضائية ودون اتفاق .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" لم يغب عن المشروع ما للفوائد المركبة من بالغ الأثر فى زيادة أعباء المدين . ولاسيما بعد أن عمدت بعض التقنينات الحديثة إلى تحريمها (أنظر مثلا المادة ١٠٥ فقرة ٣ من تقنين الالتزامات السويسرى ، والمادتين ٢٤٨، ٢٤٩ من التقنين الألمانى) بيد أنه رأى إباحتها بشروط ثلاثة : فاشترط أن تكون واجبة الأداء ، وأن

---

(١) اسماعيل غانم ص ١٣١ – عبد المنعم البدراوى ص ١١١ ومابعدها- نبيل إبراهيم سعد ص ٨٧ .

تكون مستحقة عن سنة على الأقل ، وأن يتم الاتفاق على التجميد ، أو يطالب الدائن به قضائيا ، بعد أن يصبح ما يراد تجميده منها مستحق الأداء (قارن المادة ١٢٦/١٨٦ من التقنين المصري . ويظهر أنها تبيح الاتفاق على التجميد قبل حلول الفائدة. وقد جرى القضاءان المصرى والفرنسى على ذلك ، خلافا لرأى الفقه فى فرنسا) ولايشترط فى هذا الصدد حلول أجل الوفاء برأس المال المنتج لتلك الفوائد .

ويلاحظ أن ما يستحق من الالتزامات فى مواعيد دورية ، كالأجرة ، والإيرادات الدائمة ، أو المرتبة مدى الحياة ، لا يعتبر من قبيل الفوائد بمعناها الفنى الدقيق . فيجوز تجميد الأجر والإيرادات وما إليها ، دون حاجة إلى توافر الشروط الثلاثة التى تقدم ذكرها . ذلك أن هذه الالتزامات لاتفترق عن سائر ضروب الالتزام بأداء مبلغ من النقود ، فهى تنتج ما يستحق عنها من الفوائد من تاريخ المطالبة القضائية ، أو من التاريخ المتفق عليه ، ولو وقع الاتفاق قبل أن تصبح بذاتها واجبة الأداء . ولايشترط فوق هذا أن يحل أجل الوفاء بها ، أو أن تكون مستحقة عن سنة على الأقل. وكذلك يكون الحكم فى رد الثمرات والفوائد التى يتولى الغير أداءها للدائن وفاء لدين المدين (أنظر المادة ١١٥٥ من التقنين الفرنسى، والمادة ١٠٤ من المشروع الفرنسى الإيطالى) .

ويلاحظ أخيرا أن عرف التجارة قد يقضي بالخروج على النصوص الخاصة بتجميد الفوائد . ومن ذلك مثلا إجازة تجميد ما يستحق منها عن مدة تقل عن سنة في الحساب الجاري ، دون حاجة إلى اتفاق أو مطالبة قضائية . ويراعى أن الحساب الجاري خرج من نطاق تطبيق القواعد الخاصة بالفوائد ، وأصبح العرف محكما فيه فقد تقدم أنه استثنى من تلك القواعد فيما يتعلق ببدء سريان فوائد التأخير ، وفيما يتعلق بتجميد الفوائد . وقد استثنى منها كذلك فيما يتعلق بسعر الفائدة القانونية ، فلا يتحتم أن يكون هذا السعر ٥% بل يجوز أن يختلف تبعا لتفاوت الأسعار الجارية في الأسواق(١).

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١-" لم يكن القانون المدني القديم يحول دون تقاضي الفوائد إذا تجاوز مجموعها رأس المال ولا تقاضي فوائد على متجمد الفوائد مادامت مستحقة لمدة سنة أو تزيد . إلا أن نص المادة ٢٣٢ من القانون المدني استحدث حكما جديدا مؤداه أن المشرع قد حظر أمرين أولهما منع تقاضي فوائد على متجمد الفوائد وثانيهما منع تجاوز الفوائد لرأس المال . وقد أخرج من هذا الحظر ما تقضي به

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٢ ص ٥٩٨ .

القواعد والعادات التجارية ، وهذه القواعد لاتسود إلا في نطاق المعاملات التجارية ".

(طعن رقم ١١٥ لسنة ٢٨ ق جلسة ١٩٦٣/٦/٢٧)

٢- " مفاد المادتين ٢٣٢، ٢٣٣ من القانون المدنى أن المشرع قد حرم الفوائد المركبة واستثنى من ذلك ما تقضى به القواعد والعادات التجارية ، كما أقر ما جرى عليه العرف بتجميد الفوائد فى الحساب الجارى ".

(طعن رقم ٣٥٨ لسنة ٢٩ ق جلسة ١٩٦٤/٤/٢)

٣- " مفاد المادتين ٢٣٢، ٢٣٣ من القانون المدنى أن المشرع قد حرم الفوائد المركبة واستثنى من ذلك ما تقضى به القواعد والعادات التجارية ، كما أقر ما جرى عليه العرف التجارى من تجميد الفوائد فى الحساب الجارى وترك أمر تحديدها لما يقضى به العرف ".

(طعن رقم ٣٢ لسنة ٣٠ ق جلسة ١٩٦٤/١٢/٣)

٤- " لما كانت المادة ٢٣٢ من القانون المدنى تنص على " لايجوز تقاضى فوائد على متجمد الفوائد ولايجوز فى أية حال أن يكون مجموع الفوائد التى يتقاضاها الدائن أكثر من رأس المال وذلك كله دون إخلال بالقواعد والعادات التجارية " كما تنص المادة ٢٣٣ على أن الفوائد التجارية التى تسرى على الحساب الجارى يختلف

سعرها القانونى باختلاف الجهات ويتبع فى طريقة حساب الفوائد المركبة فى الحساب الجارى ما يقضى به العرف التجارى مما مفاده أن القانون وإن حظر تقاضى فوائد على متجمد الفوائد كما منع تجاوز الفوائد لرأس المال إلا أنه أخرج من هذا الحظر- وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض- ما تقضى به القواعد والعادات التجارية . كما أقر ما جرى عليه العرف التجارى بتجميد الفوائد فى الحساب الجارى " .

(طعن رقم ١٤٩ لسنة ٣٣ ق جلسة ١٩٦٨/٣/٥)

٥- " لما كان الحساب الجارى بماله من طابع شخصى يقفل بوفاة العميل وتزول عنه صفته مما لا يجوز معه طبقا للمادة ٢٣٢ من القانون المدنى تقاضى فوائد مركبة عن رصيده إلا إذا ثبت وجود عادة تقضى بذلك وهو ما لم يثره الطاعن أمام محكمة الموضوع ، كما تسرى على الرصيد بعدما أصبح دينا عاديا محدد المقدار وحال الأداء الفوائد القانونية لا الفوائد الاتفاقية التى خلا العقد من الاتفاق على سريانها بعد قفل الحساب الجارى ، وهو ما استخلصته المحكمة من واقع الاتفاق فى حدود سلطتها الموضوعية، لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد التزم هذا النظر فإن النعى عليه يكون فى غير محله " .

(طعنان رقما ٣٧١، ٤٠١ لسنة ٣٨ ق جلسة ١٩٧٤/٥/١٣)

٦- " مفاد نص المادتين ٢٣٢ ، ٢٣٣ من القانون المـــدنى أن المشرع قد حرم تقاضى الفوائد المركبة واستثنى من ذلك ما تقضى به القواعد والعادات التجارية ، كما أقر ما جرى عليه العرف مـن تجميد الفوائد داخل الحساب الجارى " .

(طعن رقم ٣٧٢ لسنة ٤٢ ق جلسة ١٩٧٦/٣/٢٩)

٧- " النص فى المادة ٢٣٢من التقنين المدنى على أنه " لايجوز تقاضى فوائد على متجمد الفوائد ... وذلك دون إخـــلال بالقواعـــد والعادات التجارية " والنص فى المادة ٢٣٣ منه على أن " الفوائـــد التجارية التى تسرى على الحساب الجارى يختلف سعرها القانونى باختلاف الجهات . ويتبع فى طريقة حساب الفوائد المركبـــة فـــى الحساب الجارى ما يقضى به العرف التجارى " . ومفـــاد هـــذين النصين أن الشارع قد حرم الفوائد المركبة واستثنى من ذلـــك مـــا تقضى به القواعد والعادات التجارية " .

(طعن رقم ٧٣٩ لسنة ٤٨ ق جلسة ١٩٨١/٣/٣٠)

٣٠٨ـ لايجوز أن يزيد مجموع الفوائد على رأس المال :

تقضى المادة بأنه لايجوز فى أية حال أن يكون مجموع الفوائد التى يتقاضاها الدائن أكثر من رأس المال وهذا الحكم الذى نصـــت

عليه المادة (٢٣٢) مدنى ردته المـــادة ٦٤ مـــن قـــانون التجـــارة الجديد[١].

والمقصود بذلك أن مجموع الفوائد التى يتقاضاها الـــدائن مـــن مدينه لا يصح فى أية حال أن تزيد على رأس المال ، وقد بـــررت لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ هذا الحكم بأن : " من المصلحة أن يحال بين الدائن وبين استغلال المدين باقتضاء فوائـــد تجـــاوز مقدار الدين نفسه ، وبحسب الدائن أن يكون قد اقتضى فوائد تعادل رأسماله "[٢].

وهذا الحكم ينصرف إلى جميع أنواع الفوائد ، سواء كانت فوائد تأخيرية أو فوائد استثمارية ، وسواء كانت اتفاقية أو قانونية .

غير أن هذا الحكم لايسرى إلا على القرض الواحد الذى تطول مدته إلى هذا الحد .

أما إذا صفى القرض الأول وأعقبه قرض آخر ، فتحسب فوائد كل منهما على حدة ولا عبرة بما يبلغه مجموع فوائـــد القرضـــين،

---

(١) تنص هذه المادة على أن : " يستحق العائد عن التـــأخير فـــى الوفـــاء بالديون التجارية بمجرد استحقاقها ما لم ينص القانون أو الاتفاق علـــى غير ذلك ولايجوز فى أية حال أن يكون مجموع العائد الذى يتقاضـــاه الدائن أكثر من مبلغ الدين الذى احتسب عليه العائد إلا إذا نص القانون أو جرى العرف على غير ذلك " .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جـــ٣ ص ٥٩٧ .

اللهم إلا إذا ثبت أن القرض الثانى لم يقصد به غير الاحتيال على القانون بستر استمرار القرض الأول مدة تجاوز فيها فوائده رأس ماله ، فتكون العبرة حينئذ بمجموع فوائد القرضين (١).

---

(١) سليمان مرقس ص ١٧٨- ويذهب الدكتور السنهورى جـ٢ ص ٨٦٠ هامش (١) ومابعدها إلى أن هناك نوعا من القروض قد تستعصى طبيعتها على هذا التدبير ، وهى قروض الإنتاج طويلة الأجل وتتميز هذه القروض بخصيصتين : (١) ينتفع المقترض بالقرض للإنتاج لا للاستهلاك . فهو إما مزارع يريد إصلاح أرضه البور ، أو مالك أرض فضاء يريد البناء عليها ، أو نحو ذلك ، فيقترض مبلغا كبير من المال لمشروعه الإنتاجى من مصارف للائتمان العقارى تخصصت لهذا الغرض . (٢) يكون القرض ذا أجل طويل ، وينبغى أن يكون كذلك ، فإن المقترض إنما يقترض كما قدمنا للإنتاج لا للاستهلاك ، فيعتمد فى سداد أقساط الدين على غلة ما أنتجه ، مع استيفاء شئ من هذه الغلة لنفسه ليكون مورد عيشه ، فلا بد إذن أن يكون القرض طويل الأجل . ويصل الأجل فى كثير من الأحوال إلى عشرين سنة ، بل إلى ثلاثين وأربعين وخمسين فى حالات غير قليلة .

وقد جرت عادة مصارف الائتمان العقارى أن تجعل المدين يسدد الدين على أقساط متساوية طوال مدة القرض ، فيسدد فى كل قسط الفوائد مع جزء من رأس المال يزيد تدريجيا كلما قل ما يجب دفعه من الفوائد. وقد يزيد مجموع ما يدفعه المدين من الفوائد فى هذه القروض طويلة الأجل على رأس المال ، فلا بد إذن ، إذا أريد الإبقاء على هذه القروض الإنتاجية النافعة من استثنائها بتشريع خاص من حكم المادة ٢٣٢ من التقنين المدنى ، وذلك ما لم يستقر قضاؤنا على جعلها مستثناة من حكم هذه المادة تطبيقا للعادات التجارية على ما رأينا .

وقد نصت المادة صراحة على أن هذا الحكم لا يخل بالقواعد والعادات التجارية . ومؤدى ذلك أنه إذا جرت هذه القواعد والعادات التجارية بإجازة تقاضى فوائد أكثر من رأس المال وجب اتباعها واستبعاد حكم المادة ٢٣٢، كما هو الحال فى الحساب

ويلاحظ فوق ذلك أن مصاريف الائتمان العقارى تقترض هى نفسها - فى صورة سندات تصدرها - نقودا لآجال طويلة تدفع عنها فوائد قد يزيد مجموعها على رأس المال ، ثم تقرض هذه النقود لعملائها ، فهى تقوم فى الواقع من الأمر بدور الوسيط بين المقرض والمقترض، ثم إن الحكومة والأشخاص المعنوية العامة (كالمحليات) قد تعقد قروضا طويلة الأجل يزيد مجموع الفوائد فيها على رأس المال، ويقع ذلك كثيرا فى الإيرادات المؤبدة . وهناك ظروف تضطر فيها الحكومة إلى التقدم لمساعدة أصحاب الأراضى الزراعية بتسوية ديونهم العقارية إلى آجال طويلة يزيد فيها مجموع الفوائد على رأس المال ، كما وقع ذلك فى قوانين التسويات العقارية سنة ١٩٣٣وسنة ١٩٣٦ وسنة ١٩٤٢- كل هذا من شأنه أن يجعل للقروض طويلة الأجل مركزا خاصا يبرر استصدار تشريع استثنائى بشأنها فى المعنى المتقدم . وقد أعدت الحكومة بالفعل مشروعا بقانون فى هذا المعنى ، ولكنه لايزال مشروعا حتى كتابة هذه السطور .

وغنى عن البيان أنه يجب أن تستبقى فى التقنين المدنى القاعدة الأصلية- وهى عدم جواز زيادة مجموع الفوائد على رأس المال- لمواجهة حالة المرابى المحترف الذى يمد لمدينه فى أسباب تأجيل سداد الدين ليستمر فى أخذ الفوائد ، فيصل من وراء ذلك إلى تقاضى رأس ماله أضعافا مضاعفة . ويبقى التشريع الخاص بالقروض طويلة الأجل ، إذا صدر، تشريعا استثنائيا يعالج حالة الائتمان العقارى وحدها .

الجارى ، إذ يجوز فيه تقاضى فوائد على متجمد الفوائد كما أن سعر الفائدة التجارية غير مقيد بحد معين ، فيحتمل إذن أن يزيد مجموع الفوائد فى نهاية الحساب على رأس المال ، ويكون ذلك جائزا تمشيا مع القواعد والعادات التجارية [١].

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- " النص فى المادة ٢٣٢ من القانون المدنى على أنه : "لايجوز تقاضى فوائد على متجمد الفوائد ولايجوز فى أية حال أن يكون مجموع الفوائد التى يتقاضاها الدائن أكثر من رأس المال" يدل على أن رأس المال المقصود بهذا النص هو رأس المال كله وليس ما يتبقى منه " .

(طعنان رقما ٤٢٤، ٤٢٦ لسنة ٤٣ ق جلسة ١٩٨١/١/٢٦)

٢- " النص فى المادة ٢٣٢ من التقنين المدنى على أنه "لايجوز تقاضى فوائد على متجمد الفوائد ... وذلك دون إخلال بالقواعد والعادات التجارية " والنص فى المادة ٢٣٣ منه على أن " الفوائد التجارية التى تسرى على الحساب الجارى يختلف سعرها القانونى باختلاف الجهات ، ويتبع فى طريقة حساب الفوائد المركبة فى الحساب الجارى ما يقضى به العرف التجارى". ومفاد هذين

---

(١)السنهورى جـ٢ ص ٨٥٩ .

النصين أن الشارع قد حرم الفوائد المركبة واستثنى من ذلك ما تقضى به القواعد والعادات التجارية " .

(طعن رقم ٧٣٩ لسنة ٤٨ ق جلسة ١٩٨١/٣/٣٠)

٣- " مفاد نص المادتين ٢٣٢، ٢٣٣ من القانون المدنى أن المشرع قد حرم تقاضى الفوائد المركبة واستثنى من ذلك ما تقضى به القواعد والعادات التجارية كما أقر ما جرى عليه العرف من تجميد الفوائد داخل الحساب الجارى " .

(طعن رقم ٢٩٣ لسنة ٤٨ ق جلسة ١٩٨٣/١٢/١٢)

٣٠٩- تاريخ سريان حكمى المادة (٢٣٢) مدنى :

الحكمان اللذان أتت بهما المادة ٢٣٢ مدنى وهما عدم تقاضى فوائد على متجمد الفوائد وبألا يجوز فى أية حال أن يكون مجموع الفوائد التى يتقاضاها الدائن أكثر من رأس المال ، يعتبران من النظام العام . وتسريان من تاريخ العمل بالقانون المدنى فى ١٩٤٩/١٠/١٥ [١]. ومقتضى ذلك أن يكون للدائن حتى يوم ١٤

---

(١) ذلك أن التقنين المدنى السابق كان لايحول دون تقاضى الفوائد إذا تجاوز مجموعها رأس المال ، ولا تقاضى فوائد على متجمد الفوائد مادامت مستحقة لمدة سنة أو تزيد .
إذ نصت المادة ١٨٦/١٢٦ منه على أنه : " لايجوز أخذ ولا طلب فوائد على متجمد الفوائد إلا إذا كان مستحقا عن سنة كاملة " .

من أكتوبر سنة ١٩٤٩ حق اقتضاء فوائد متى كانت الفائدة المستحقة له قد بلغت أو زادت عما يعادل رأس المال .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " القاعدة التى قررتها المادة ٢٣٢ من القانون المدنى والتى لاتجيز تقاضى فوائد على متجمد الفوائد وتقضى بأن لايجوز فى أية حال أن يكون مجموع الفوائد التى يتقاضاها الدائن أكثر من رأس المال تعتبر من القواعد المتعلقة بالنظام العام التى يفترض علم الكافة بها . وإذا كان نص هذه المادة قد سرى منذ نفاذ التقنين المدنى الجديد فى ١٥/١٠/١٩٤٩ فإن علم المدين بسريانه منذ هذا التاريخ يكون مفترضا ، فإذا تولى المدين سداد أقساط الدين وفوائده منذ تاريخ الاتفاق وحتى ١٩٥٨/٣/٨ فإن علمه بمقدار ما دفعه يكون ثابتا وإذ كان سداد آخر قسط تم فى ١٩٥٨/٣/٨ بينما لم ترفع الدعوى باسترداد ما دفع من الفوائد زائدا عن رأس المال إلا فى ١٩٦١/٤/١٦ أى بعد انقضاء أكثر من ثلاث سنوات من تاريخ علمه بحقه فى الاسترداد فإن الدعوى بالاسترداد تكون قد سقطت، وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ فى تطبيقه بما يوجب نقضه " .

(طعن رقم ٤٣٠ لسنة ٣٨ ق جلسة ١٩٧٤/٣/٢٨)

٢- " ليس فى نصوص القانون المدنى القديم ما يمنع اقتضـــاء الفوائد القانونية أو الاتفاقية ولو تجاوز مجموعها رأس المـــال ، إلا أن المشرع استحدث فى القانون المدنى القائم قاعدة أوردهـــا فـــى المادة ٢٣٢ التى تنص على أنه " لايجوز فى أية حالـــة أن يكـــون مجموع الفوائد التى يتقاضاها الدائن أكثر من رأس المال وذلك دون إخلال بالقواعد والعادات التجارية "- ومقتضى ذلك أن يكون للدائن لغاية يوم ١٤ من أكتوبر سنة ١٩٤٩ تاريخ العمل بالقانون الحـــالى حق اقتضاء فوائد متى كانت الفائدة المستحقة له قد بلغت ما يعـــادل رأس المال ".

(طعنان رقما٤٧٥، ٤٨٧ لسنة ٣٩ ق جلسة ١٩٧٦/١٢/٣٠)

مـــادة (٢٣٣)

الفوائد التجارية التى تسرى على الحســـاب الجـــارى يختلـــف سعرها القانونى باختلاف الجهات ، ويتبع فـــى طريقـــة حســـاب الفوائد المركبة فى الحساب الجارى ما يقضى به العرف التجارى.

الشـــرح

٣١٠ـ الفوائد التجارية التى تسرى على الحساب الجارى :

تنص المادة على أن الفوائد التجارية التى تسرى على الحســـاب الجارى يختلف سعرها القانونى باختلاف الجهات .

فالحساب الجارى يستثنى من بعض القواعد المقررة فى نظـــام الفوائد ، فلا يتقيد بالسعر القانونى التجارى وهو ٥% بـــل يختلـــف وفقا لاختلاف الجهات تبعا للعرف التجارى ، فيقضى بسعر الجهـــة ولو زاد أو نقص عن ٥% .

والاستثناء قاصر على السعر القانونى التجارى . فـــلا يســـتثنى السعر القانونى المدنى وهو ٤% ، كذلك لايستثنى السعر الاتفـــاقى فيبقى الحد الأقصى لهذا السعر ، حتى بالنسبة إلى الحساب الجارى، وهو ٧% .

كما أنه لا يشترط لسريان الفوائد أن تكون هناك مطالبة قضائية أو إعذار فيكفى مجرد الخصم والإضافة فـــى الحســـاب الجـــارى لسريان الفوائد التأخيرية ويجوز فيه تقاضى فوائـــد علـــى متجمـــد

الفوائد كما يجوز أن يزيد فيه مجموع الفوائد على رأس المال المفروض فى الحالة الأخيرة أن يكون الدائن قد قطع التقادم فيما يتعلق بالفوائد حتى لاتسقط بخمس سنوات أو أخذ ما استحق منها[١]

وتنص المادة ١/٣٦٦ من قانون التجارة الجديد على أن :

" لاتنتج المدفوعات فى الحساب الجارى عائدا إلا إذا اتفق على غير ذلك ويحسب العائد وفقا للسعر الذى يتعامل به البنك المركزى وقت استحقاقه ما لم يتفق على مقابل أقل ".

فالنص يجعل حساب العائد على الحساب الجارى وفقا للسعر الذى يتعامل به البنك المركزى وقت استحقاقه ما لم يتفق على مقابل ذلك .

ويحدد البنك المركزى أسعار العائد طبقا للمادة (١٤) من القانون رقم ٨٨ لسنة ٢٠٠٣ (بإصدار قانون البنك المركزى والجهاز المصرفى والنقد) .

ومن ثم فإن السعر الذى يحدده البنك المركزى يلزم أطراف الحساب جميعا . وقد يزيد هذا السعر على العائد الذى يقضى به التقنين المدنى، وحصول البنك على العائد لايمنعه من تقاضى العمولة المتفق عليها نظير فتح الحساب مع العميل .

---

(١) السنهورى جـ٢ ص ٨٦٨ ومابعدها – المستشار أنور طلبه ص ٤٠٢.

وتنص المادة ١٤/أ من القانون رقم ٨٨ لسنة ٢٠٠٣ على أن :
" مجلس إدارة البنك المركزى هو السلطة المختصة بتحقيق أهداف البنك ووضع السياسات النقدية والائتمانية والمصرفية وتنفيذها وله فى سبيل ذلك جميع الصلاحيات وعلى الأخص ما يأتى :
(أ) تحديد أدوات ووسائل السياسة النقدية التى يمكن اتباعها وإجراءات تنفيذها وتحديد أسعار الائتمان والخصم ومعدلات العائد عن العمليات المصرفية التى يجريها البنك المركزى ، حسب طبيعة هذه العمليات وآجالها ، وذلك دون التقيد بالحدود المنصوص عليها فى أى قانون آخر ، وتحديد القواعد التى تتبع فى تقييم الأصول التى تقابل أوراق النقد المصرى ".

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " النص فى المادة ٢٣٢ من التقنين المدنى على أنه " لايجوز تقاضى فوائد على متجمد الفوائد .... وذلك دون إخلال بالقواعد والعادات التجارية " والنص فى المادة ٢٣٣ منه على أن " الفوائد التجارية التى تسرى على الحساب الجارى يختلف سعرها القانونى باختلاف الجهات ، ويتبع فى طريقة حساب الفوائد المركبة فى الحساب الجارى ما يقضى به العرف التجارى . ومفاد هذين النصين أن الشارع قد حرم الفوائد المركبة واستثنى من ذلك ما تقضى به القواعد والعادات التجارية ".

(طعن رقم ٧٣٩ لسنة ٤٨ ق جلسة ١٩٨١/٣/٣٠)

٢-(أ)- " حرم الشارع بنص المادة ٢٢٧ من القانون المدنى زيادة فائدة الديون على حد أقصى معلوم مقداره ٧% ونص على تخفيضها إليه وحرم على الدائن قبض الزيادة وبإلزامه برد ما قبضه منها – مما مؤداه أن كل اتفاق على فائدة تزيد على هذا الحد يكون باطلا بطلانا مطلقا لا تلحقه الإجازة وذلك لاعتبارات النظام العام التى تستوجب حماية الطرف الضعيف فى العقد من الاستغلال".

(ب)- " أجاز الشارع فى المادة السابعة فقرة (د) من القانون رقم ١٢٠ لسنة ١٩٧٥ بشأن البنك المركزى المصرى والجهاز المصرفى لمجلس إدارة ذلك البنك " تحديد أسعار الخصم وأسعار الفائدة الدائنة والمدينة على العمليات المصرفية حسب طبيعة هذه العمليات وآجالها ومقدار الحاجة إليها وفقا لسياسة النقد والائتمان دون التقيد بالحدود المنصوص عليها فى أى تشريع آخر "وهو ما يدل على اتجاه قصد الشارع إلى استثناء العمليات المصرفية من قيد الحد الأقصى للفائدة الاتفاقية المنصوص عليه فى المادة ٢٢٧ من القانون المدنى ، ولكنه لم يشأ مسايرة بعض التشريعات الأجنبية فيما ذهبت إليه من إلغاء هذا القيد كلية ، فرخص لمجلس إدارة البنك المركزى فى تحديد أسعار الفوائد التى يجوز للبنوك أن تتعاقد فى حدودها بالنسبة لكل نوع من هذا الشأن حيث نصت القاعدة الثامنة من القواعد العامة التى تصدرت كتاب البنك المركزى الصادر فى أول يوليو سنة ١٩٧٩ بأسعار الخدمات المصرفية

الموحدة على أن " تسرى هذه الأسعار على العقود والعمليات التى أبرمت فى ظلها ، أما بالنسبة للعمليات القائمة التى أبرمت قبل صدورها فإن العبرة بما تم عليه التعاقد أى أن العقود تظل محكومة بالأسعار التى كانت سارية وقت التعاقد " كما تضمنت قرارات البنك المركزى الأخرى التى صدرت استنادا إلى الفقرة (د) المشار إليها بندا يقضى بسريان الأسعار الواردة بها على العقود الجديدة والعقود المجددة والعقود القائمة فى حالة سماحها بذلك وهو ما يؤكد أن قصد الشارع لم ينصرف إلى سريان الأسعار المرتفعة الجديدة تلقائيا على ما يستحق فى ظلها من فوائد العقود السابقة على العمل بها ، لما كان ذلك وكانت العلاقة بين البنوك وعملائها تخضع بحسب الأصل لمبدأ سلطان الإرادة ، فإن قرارات البنك المركزى المشار إليها لا تعتبر على إطلاقها من قبيل القواعد القانونية المتعلقة بالنظام العام ولا يترتب البطلان على مخالفتها فيما تعقده البنوك مع عملائها من عقود مصرفية إلا إذا جاوز سعر الفائدة المتفق عليه بها الحد الأقصى الذى تحدده تلك القرارات إذ يجرى عليها فى هذه الحالة ذات الحكم المقرر بالنسبة لتجاوز الحد الأقصى للفوائد المنصوص عليه فى المادة ٢٢٧ من القانون المدنى، اعتبارا بأن الحد الأقصى المقرر للفائدة التى يجوز الاتفاق عليها قانونا هو- وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة- مما يتصل بقواعد النظام العام " معناه أن تعديل سعر الفائدة بالزيادة فى

هذه الحالة راجعا إلى محض إرادة الدائن وحده بل هو نتيجة لتلاقى كامل إرادة طرفى القرض على تعيين سعر الفائدة بما يحدده البنك المركزى من حد أقصى وفقا لما يجد من عموم متغيرات الظروف الاقتصادية بما يكفل صالح الاقتصاد القومى فى مجموعه بغض النظرعن المصلحة الفردية التى قد تعود على المقترض من استثمار مبلغ القرض وما يحققه له ذلك من عائد ونسبته ".

(طعن رقم ٣٣٢١ لسنة ٥٩ ق جلسة ١٩٩٦/١١/٧)

٣- " استثناء العمليات المصرفية من قيد الحد الأقصى للفائدة الاتفاقية . عدم إلغاء هذا الحد كلية . الترخيص لمجلس إدارة البنك المركزى فى تحديد أسعار الفوائد التى يجوز للبنوك التعاقد فى حدودها على العمليات المصرفية. ق ١٢٠ لسنة ١٩٧٥ . سريان الأسعار على العقود والعمليات التى تبرم أو تجدد فى ظل هذا القانون سريانها على العقود السابقة على صدوره . شرطه " .

(طعن رقم ٣٠٤٥ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٩٨/١٠/٢٩)

٤- " العلاقة بين البنوك وعملائها . خضوعها لمبدأ سلطان الإرادة . قرارات البنك المركزى . ليست على إطلاقها من القواعد المتعلقة بالنظام العام . مؤداه خضوع عقود البنوك مع عملائها لهذه القواعد فى حالة تجاوز سعر الفائدة للحد الأقصى لهذه القرارات".

(طعن رقم ٨٧٩ لسنة ٦٨ ق جلسة ٢٠٠٠/٦/٦)

(الفصل الثالث)
ما يكفل حقوق الدائنين من وسائل تنفيذ ووسائل ضمان

مـادة (٢٣٤)

١- أموال المدين جميعها ضامنة للوفاء بديونه .

٢- وجميع الدائنين متساوون فى هذا الضمان إلا من كان لـه منهم حق التقدم طبقا للقانون .

الشـرح

٣١١- حق الضمان العام للوفاء بديون المدين :

تكون أموال المدين جميعا ضامنة للوفاء بديونـه ، بمعنـى أن الدائن يستطيع أن ينفذ بحقه على أموال المدين ، سواء كـان هـذا التنفيذ عينيا أو كان بطريق التعويض . هذا الحق الذى للدائن يسمى حق الضمان العام . وهو يتميز بهذا عن الضمان الخـاص الـذى يتقرر للدائن على مال معين من أموال المدين يعطيه سلطة التنفيـذ عليه وتتبعه واقتضاء حقه منه منفصلا على غيره من الدائنين ، كما هو الحال فى حق الرهن مثلا .

ومع ذلك فقد يخرج القانون بعض الأموال من الضـمان العـام بحيث لايجوز التنفيذ عليها . فقد تضمن قـانون المرافعـات مـثلا

نصوصا لا تجيز الحجز على بعض الأموال مثل ما يلزم المدين وزوجته وأقاربه وأصهاره على عمود النسب المقيمين معه في معيشة واحدة من الفراش والثياب وكذلك ما يلزمهم من الغذاء لمدة شهر (م٣٠٥) .

وكذلك ما يلزم المدين من كتب وأدوات ومهمات لمزاولة مهنته أو حرفته بنفسه (م٣٠٦) [(١)].

(راجع أيضا المواد ٣٠٧ ، ٣٠٨ ، ٣٠٩ من قانون المرافعات).

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" من المبادئ الأصلية في القانون المدني أن أموال المدين تعتبر ضمانا عاما لدائنيه جميعا . على أن مجرد تقرير المبدأ في ذاته، لايكفي لتحقيق نفعه ، في الواقع من الأمر ذلك أن هذا النفع معقود بالتماس الوسائل العملية التي تعين على استخلاص ذلك الضمان، وقضاء الحقوق المتعلقة به . وقد شرح القانون إجراءات تحفظية وإجراءات تنفيذية (أنظر في هذا المعنى المواد ٢٦٩، ٢٧٠ ، ٢٧١ من التقنين اللبناني) ، وكفل استعمالها للدائنين ، تحقيقا لهذا الغرض . بيد أن هذه الإجراءات تدخل بشقيها في نظام قواعد المرافعات "[(٢)].

---

(١) عبد المنعم البدراوي ص ١١٣ - عبد المنعم الصده ص ٥١ ومابعدها.

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٢ ص ٦٠٢ .

٣١٢- خصائص الضمان العام :

يتميز الضمان العام بالخصائص الآتية :

أولاً : أنه لا يقع على مال معين بالذات بل يقع على مجموع أموال الدين التى تتكون فى ذمته وقت التنفيذ . وهذا يستتبع أمرين :

(أ) إن الضمان العام لايقع فقط على الأموال التى كانت فى ذمة المدين وقت نشوء الدين ، بل يشمل أيضا كل ما دخل فى ذمته بعد ذلك . فالضمان العام ينصب كما يقال على جميع الأموال الحاضرة والمستقبلة .

ويشمل ذلك جميع حقوقه ذات القيمة المالية ، سواء فى ذلك الحقوق العينية والحقوق الشخصيَة والحقوق الأدبية (أو الذهنية) المملوكة فعلا للمدين وقت شروع الدائن فى تنفيذ حقه أو التى ستؤول إليه بعد ذلك ، وهو يعبر عنه بالذمة المالية للمدين .

(ب) أن الأموال التى تخرج من ذمة المدين بعد نشوء الدين تخرج من الضمان العام ، بمعنى أن الدائن لايستطيع أن يتتبع تلك الأموال فى يد الغير ، فحقه مقصور على ما فى ذمة المدين من أموال ، فحق الدائن لاينصب على مال معين بالذات ، وليس له على مال معين حق عينى يجيز له التتبع . وفى هذا يختلف الدائن العادى (وهو صاحب حق شخصى) عن صاحب الحق العينى . ولايمكن للدائن أن يتتبع مالا معينا من أموال مدينه إلا إذا كان له

عليه حق عيني أى ضمان خاص كرهن مثلا ، فمن مزايا الحق العينى التتبع كما هو معروف فليس إذن للدائن العادى حق التتبع أو بعبارة أخرى فإن تصرفات المدين تنفذ فى مواجهته ويحتج بها عليه .

ثانيا : يتميز الضمان العام أنه مقرر لجميع الدائنين ، فيتساوون جميعا فى اقتضاء ديونهم من أموال المدين . فإذا إشترك عدة دائنين فى التنفيذ على مال للمدين ولم يكن هذا المال كافيا لسداد ديونهم جميعا، تحاص الدائنون الحاجزون فيقسم المتحصل من التنفيذ بينهم قسمة غرماء كل بنسبة دينه ، فلا يتقدم دائن على آخر ولو كان تاريخ نشوء دينه أو تاريخ حلوله سابقا على غيره . وذلك إلا إذا كان لأحدهم حق التقدم طبقا للقانون ، بمقتضى رهن أو اختصاص أو امتياز.

على أنه يجب أن يلاحظ أن تزاحم الدائنين لا يكون إلا إذا تقدموا بديونهم فى الوقت المناسب . أما إذا قام أحد الدائنين بالتنفيذ على مال للمدين ، وانتهت الإجراءات دون أن يتقدم أحد غيره للاشتراك فى التنفيذ ، فإنه يستقل بداهة باستيفاء حقه من المتحصل من التنفيذ [١].

---

(١) اسماعيل غانم ص ١٤٦ – عبد المنعم الصده ص ٥٢ .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" أما ما يعنى القانون المدنى بإبرازه من فكرة الضمان هذه فهو ما يتفرع عليها من تساوى الدائنين ، عند استخلاص حقوقهم من مال المدين ، ما لم يكن لأحدهم حق فى التقدم وفقا لأحكام القانون (كالرهن الرسمى ورهن الحيازة وحق الامتياز مثلا) فهم فيما خلا هذا الحق ، بمنزلة سواء لا تمييز بينهم فى ذلك بسبب تاريخ نشوء حقوقهم أو تاريخ استحقاق الوفاء بها ، مهما يكن مصدر هذه الحقوق . وغنى عن البيان أن تلك المساواة تظل أقرب إلى المعانى النظرية ، ما لم تشفع بنظام يتناول تنظيم حالة المدين المعسر كما سيأتى بيان ذلك "[1].

٣١٣- وسائل المحافظة على الضمان العام :

لا يكفى أن يجعل القانون للدائن الحق فى أن ينفذ بحقه على أموال المدين ، وإنما يجب أن يوفر له من الوسائل ما يكفل المحافظة على هذه الأموال أو بقاءها فى ذمة المدين حتى يستطيع الدائن أن ينفذ عليها لاقتضاء حقه .

وقد نظم قانون المرافعات فى هذا الخصوص وسائل تحفظية تتمثل فى الحجز التحفظى الذى يستطيع الدائن أن يوقعه على منقول

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٢ ص ٦٠٢ .

لمدينه ووسائل تنفيذية تتمثل فى حجز منقول لدى المدين وفى حجز ما للمدين لدى الغير وفى التنفيذ على عقار للمدين ، وهذه وتلك من موضوعات قانون المرافعات .

وقد نظم القانون المدنى وسائل لحماية الدائن فى هذا الشأن ترمى فى مجموعها إلى المحافظة على الضمان العام ، وهى أحيانا تقترب من الأعمال التحفظية ، وأحيانا أخرى تكون مقدمة للتنفيذ . وهذه الوسائل يمكن ردها جميعها إلى فكرتين تقومان على تلافى الأخطار التى يتعرض لها الدائن .

فحق الضمان العام الذى للدائن لايحول دون أن يتصرف المدين فى أمواله . ولهذا أعطى القانون للدائن ثلاث دعاوى :

الأولى : يستطيع بها الدائن أن يطالب بحق للمدين فى ذمة الغير أهمل المدين فى المطالبة به ، وهو الدعوى غير المباشرة.

والثانية : يمكن للدائن بواسطتها أن يطلب عدم نفاذ تصرف عقده المدين إضرارا به ، وهى الدعوى البوليصية .

والثالثة : تجعل للدائن أن يطعن بالصورية فى تصرف ضار من المدين كى يثبت أن المال موضوع التصرف مازال فى ذمة المدين حتى يستطيع التنفيذ عليه بحقه ، وهى دعوى الصورية .

كما خول القانون الدائن أيضا الحق فى الحبس، وهى وسيلة ضمان تكفل للدائن الحصول على حقه الناشئ عن الشئ الذى يحبسه.

وفى حالة إعسار المدين ، تصبح المساواة بين الدائنين قانونية أكثر منها فعلية . فبدلا من أن يعرض الدائن نفسه لخطر التزاحم مع غيره من الدائنين ، فلا يحصل إلا على جزء من حقه ، نراه يبادر إلى التنفيذ بحقه ، فيكون الفوز للدائن الذى يسبق غيره فى التنفيذ . ومن هذا يتبين أن الاقتصار على وسائل فردية تعطى للدائن فى هذا الخصوص يؤدى فى حالة الإعسار إلى أن يحصل بعض الدائنين على حقوقهم . فتتهدم المساواة المقررة بين الدائنين لهذا كان لابد للشارع من أن ينظم وسيلة جماعية تجعل الدائنين حقيقة بمنزلة سواء ، فتقيهم من أن يتقدم أحدهم على الباقين بغير حق ، كما تبصر المدين بحقيقة الأمر الواقع ، وهذه الوسيلة تتمثل فى نظام الإعسار[1].

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " مفاد المادة ٣٨٧ من القانون المدنى أن للدائنين استعمال حق مدينهم فى التمسك بالتقادم ليصلوا بذلك إلى إبعاد الدائن الذى تقادم حقه عن مشاركتهم فى قسمة أموال الدين . ويشترط لاستعمال الدائن حقوق مدينه وفقا للمادة ٢٣٥ مدنى أن يكون دينه فى ذمة

(١) عبد المنعم الصده ص ٥٣ ومابعدها .

المدين محقق الوجود على الأقل ، فإن كان ذلك الدين محل نـزاع فإنه لا يعد محقق الوجود إلا إذا فصل القضاء بثبوته " .

(طعن رقم ٥ لسنة ٣٠ ق جلسة ١٩٦٤/١٢/٣١)

٢- " الأصل أن أموال المدين جميعها على ما جاء بنص المادة ٢٣٤ من القانون المدنى ضامنة للوفاء بديونه ، وإذ كان مـا ورد بالمادة الأولى من القانون رقم ٥١٣ لسنة ١٩٥٣ من أنه " لايجوز التنفيذ على الأراضى الزراعية التى يملكها المزارع إذا لم يجـاوز ما يملكه منها خمسة أفدنة ، فإذا زادت ملكيته على هـذه المسـاحة وقت التنفيذ ، جاز اتخاذ الإجراءات على الزيادة وحـدها " يعتبـر استثناء من هذا الضمان ، فإن شأن كل استثناء لاينصرف إلا لمـن تقرر لمصلحته وهو المدين وإذا كانت تركة المدين تعتبر منفصـلة شرعا عن أشخاص الورثة وأموالهم وللدائن حق عينى يخوله تتبعها لاستيفاء دينه منها ، بسبب مغايرة شخصية المورث لشخصية الوارث، وكان حق الدائن فى ذلك أسبق من حق الوارث الذى لايؤول له من التركة إلا الباقى بعد أداء الدين ، فإن الحكم المطعون فيه إذ خالف هذا النظر ، وحرم الدائن من اتخاذ إجراءات التنفيذ علـى أعيـان التركة استنادا إلى أن للورثة بأشخاصهم إذا كانوا من الـزراع أن يفيد كل منهم وقت التنفيذ على أموال التركة من الحمايـة المقـررة

بالقانون رقم ٥١٣ لسنة ١٩٥٣ بالنسبة إلى خمسة أفدنة ، فإنه يكون قد خالف القانون " .

(طعن رقم ٥٦ لسنة ٣٨ ق جلسة ١٩٧٣/١٢/٢٣)

٣- " نص القانون رقم ٢٣٦ لسنة ١٩٥٤ الخاص بتنظيم المناقصات والمزايدات فى المادة ١١ منه على سريان أحكامه على مقاولات الأعمال وفى المادة ١٣ على أن ينظم بقرار من وزير المالية والاقتصاد ما لم ينظمه هذا القانون من أحكام وإجراءات ، وقد أصدر الوزير المذكور القرار رقم ٥٤٢ لسنة ١٩٥٧ بلائحة المناقصات والمزايدات التى أجازت المادة ٩٤ منها لجهة الإدارة المتعاقدة أن تسحب العمل من المقاول وتحتجز ما يوجد بمحل العمل من آلات وأدوات ومواد ضمانا لحقوقها قبله وأن تبيعها دون أن تسأل عن أى خسارة تلحقه من جراء ذلك البيع ".

(طعن رقم ٤٤ لسنة ٣٨ ق جلسة ١٩٧٤/٢/١٢)

١ـ وسائل التنفيذ

مـــادة (٢٣٥)

١- لكل دائن ولو لم يكن حقه مستحق الأداء أن يستعمل باسم مدينه جميع حقوق هذا المدين ، إلا ما كان منها متصلا بشخصه خاصة أو غير قابل للحجز .

٢- ولا يكون استعمال الدائن لحقوق مدينه مقبولا إلا إذا أثبت أن المدين لم يستعمل هذه الحقوق ، وأن عدم استعماله لها من شأنه أن يسبب إعساره أو أن يزيد فى هذا الإعسار ، ولا يشترط إعذار المدين لاستعمال حقه ولكن يجب إدخاله خصما فى الدعوى .

الشـــرح

٣١٤ـ تعريف الدعوى غير المباشرة :

الدعوى غير المباشرة هى دعوى يرفعها الدائن باسم مدينه بالنيابة عنه ، ضد مدين مدينه . فهى لا تفترض وجود علاقة مباشرة بين الدائن رافعها وبين مدين مدينه ، ولكنه يقاضيه باسم ذلك المدين . وتؤدى الدعوى غير المباشرة إلى دخول الحق الذى يطالب به الدائن مدين مدينه فى ذمة ذلك المدين ، وبالتالى فى الضمان العام للدائنين .

فالدعوى غير المباشرة هى إذن وسيلة وضعت فى يد الدائن

ليحمى بها حقه فى الضمان العام من أن ينتقص نتيجة قعود المدين عن استعمال بعض حقوقه أو المطالبة بها . فهى تهدف إلى حماية الدائن من تقصير المدين ، عن طريق تمكين الدائن من أن يباشر بنفسه حقوق المدين ودعاواه نيابة عنه .

فمثلا إذا كان للمدين حق فى مطالبة الغير بتعويض عن ضرر أصابه ، وأهمل فى هذه المطالبة ، استطاع أحد دائنيه أن يقاضى- باسمه- هذا الغير المسئول مطالبا إياه بالتعويض ، ذلك التعويض الذى يدخل – عند الحكم به – فى ذمة المدين [١].

ومثل ذلك أيضا مدين نقص نصيبه فى تركة بسبب وجود وصية باطلة ولكنه لم يتمسك ببطلانها ، يستطيع أحد دائنيه أن يرفع دعوى على الموصى إليه ببطلان الوصية .

---

(١) عبد المنعم البدراوى ص١١٨ ومابعدها – نبيل إبراهيم سعد ص ١٠٥– ويقول سيادته أن لفظ " الدعوى " غير المباشرة يقصر عن الإحاطة بمظاهر استعمال الدائن لحقوق مدينه . إذ قد يوحى بأن استعمال حقوق المدين لايكون إلا عن طريق رفع ماله من دعاوى باسمه فقط . وهذا غير صحيح حيث أن الدائن يستطيع أن يستعمل حق المدين بغير طريق الدعوى ، كما لو قام الدائن بقيد رهن مقرر لضمان حق للمدين قبل الغير فيقوم بتسجيل عقد اشترى به مدينه عقارا ، حتى تنتقل ملكية هذ العقار إلى المدين فيستطيع التنفيذ عليه .

٣١٥- طبيعة الدعوى غير المباشـــرة :

قد يبدو لأول وهلة من القول بأن الدعوى غير المباشرة تهـدف إلى المحافظة على الضمان العام أنها تعد طريقا أو إجراء تحفظيـا لكن فى الحقيقة أن هذه الدعوى لاتقتصر على مجرد التحفظ علـى ذمة المدين بالحالة التى هى عليها ، بل تهدف إلى المحافظة علـى الضمان العام كما يجب أن يكون لو أن المدين استعمل حقه بنفسه، ولذلك فإنها ترمى إلى استعمال حق أو دعوى قصر المـدين فـى استعماله بما قد يؤدى إلى إضافة مال جديد إلى أموال المدين .

كما أن هذه الدعوى لا تعتبر من الطرق التنفيذية لأنها لاتـؤدى إلى استيفاء الدائن لحقه مباشرة ، وإنما تعمل على المحافظة علـى حقوق المدين من الإهمال تمهيدا للتنفيذ عليها بوسائل التنفيذ المعـدة لذلك .

ولذلك فإن الدعوى غير المباشرة تعد طريقا وسطا بين الطـرق التحفظية والطرق التنفيذية . فهى أقوى من الطرق التحفظية إذ هى تمهيد للتنفيذ ، وهى أضعف من الطرق التنفيذية إذ أن التنفيذ يعقبها دون أن تستغرقه . وهذه الطبيعة تنعكس تماما على شـروط هـذه الدعوى وآثارها كما سنرى [١].

---

(١) السنهورى جـ٢ ص ٨٧٦ – نبيل إبراهيم ص ١٠٦ .

٣١٦ـ من يجوز له استعمال الدعوى غير المباشرة ؟

تنص الفقرة الأولى من المادة ٢٣٥ على أن : " لكل دائن ولـو لم يكن حقه مستحق الأداء أن يستعمل باسم مدينه جميع حقوق هـذا المدين ...".

ويبين من ذلك أن استعمال حق الدعوى غير المباشرة يثبت لكل دائن . والدائن هو من يكون له حق دائنيه قبل شخص آخر أما من يكون صاحب حق عينى ولو كان محل حقه شيئا مملوكا لغيره فإن حقه ينصب مباشرة على هذا الشئ ويخوله مزيتى التقـدم والتتبـع فيما يتعلق بهذا الشئ ، الأمر الذى لايجعله يتأثر بـالتغيرات التـى تطرأ على سائر أموال المالك المذكور ، فـلا يشـترك فـى حـق الضمان العام ولا يكون له بالتالى استعمال حقوق ذلك المالك التـى تكون له قبل مدينيه . اللهم إلا إذا كان هذا الحق العينى حقا تبعيا . أى حقا عينيا يقوم لضمان حق دائنيه مقرر لصاحبه ، كما هو حق الدائن المرتهن مثلا . فإن صاحب الحق فى هذه الحالة يجمع بـين الحق العينى وحق الدائنيه ، ويكون له بمقتضى هذا الحق الأخيـر صفة الدائن ، فيشترك فى حق الضمان العام ويمكن أن يتأثر مـن إهمال مدينه إذا لم يف المال المرهون بجميع حقه ، فلذلك يكون له حق استعمال الدعوى غير المباشرة أيضا .

ويستوى فى ذلك أن يكون حق الدائن ناشئا عن عقد أو من فعل ضار أو من فضالة أو من دفع مالا يجب أو من افتقار وإثراء دون سبب ، أو من نص القانون ، كما هو الشأن فى حق النفقة .

كما يستوى أن يكون حق الدائن محله إعطاء شئ نقودا كان ذلك الشئ أو غير نقود ، أو أن يكون محله عملا أو امتناعا عن عمل ، وذلك لما تقدم من أن أموال المدين ضامنة وفاء بجميع ديونه أيا كان محلها من جهة ولأن حق الدائن فى جميع هذه الفروض يمكن أن يتحول إلى حق فى تعويض أى فى مبلغ من النقود من جهة أخرى .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" لئن كان للدائن – إعمالا لصريح نص المادة ٢٣٥ من القانون المدنى– أن يستعمل باسم مدينه حقوق هذا المدين إذا أهمل فى استعمالها سواء فى صورة دعوى تقاعس المدين عن إقامتها أو فى صورة طعن فى حكم قعد المدين عن الطعن عليه ، إلا أن شرط ذلك أن يكون مباشر الإجراء – دعوى أو طعن– دائنا أى له حق موجود قائم قبل من يستعمل الحق باسمه ، لما كان ذلك ، وكانت المحكمة قد انتهت فى الرد على السبب الأول إلى أن الطاعنين مجرد مستأجرين من الباطن انقضت عقود إيجارهم الصادرة من المطعون ضده الثالث بانتهاء عقد الإيجار الأصلى لصالح هذا

الأخير ، فلا حق لهم قبله ، وبالتالى فلا سند لهم فى استعمال ما قد يكون للمطعون ضده الثالث من حقوق قبـل المطعـون ضـدهما الأولين ناشئة عن إقامة المبانى " .

(طعن رقم ٤٧٥ لسنة ٥١ ق جلسة ١٩٨٢/٥/٢٧)

٣١٧ـ الدين الاحتمالى والدين المتنازع عليه :

إذا كان الدين احتماليا كحق الوارث قبل موت المورث ، أو كان الحق غير خال من النزاع فإن دائنية الدائن لا تكون محققة ، ومـن ثم لايستطيع استعمال حقوق مدينه إلا إذا انقلب حقه المحتمل إلـى حق موجود أو أصبح حقه المتنازع خاليا من النزاع [١].

ولا يشترط أن يكون حق الدائن ثابتا فـى سـند تنفيـذى ، لأن الدعوى غير المباشرة وإن كانت تمهد للتنفيذ على أموال المدين إلا أنها ليست بذاتها إجراء من إجراءات التنفيذ .

---

(١) السنهورى جـ٢ ص ٨٨٠ – اسماعيل غانم ص ١٥٨ – وعكس ذلـك سليمان مرقس ص ٢٠١ فيذهب إلى أنه لما كـان المقـرر أن الحـق المعلق على شرط واقف يخول صاحبه استعمال حقوق مدينه من قبـل أن يتأكد وجوده ، لمكن أن يقاس عليه الحق المتنازع فيه لأنه هو أيضا حق غير مؤكد وجوده ، وغاية الأمر أنه يجب أن يكون لادعاء الحـق المتنازع فيه أساس جدى أى ألا يكون ذلك الادعاء ظاهر البطلان .

٣١٨- لايشترط أن يكون حق الدائن سابقا على حق المدين :

لايشترط أن يكون حق الدائن سابقا على حق المدين، فيجوز أن يكون تاليا له ، لأن أموال المدين ضامنة جميع حقوق دائنيه بقطـــع النظر عن تاريخ نشوئها .

وينبى على ذلك أنه لايشترط أن يكون لحق الدائن تاريخ ثابت ، فسواء تقدم هذا التاريخ أو تأخر ، فإن هذا لا يمنعه مـــن اســـتعمال حقوقه [١].

٣١٩- لايشترط أن يكون حـق الدائن منجزا :

لايشترط أن يكون حق الدائن منجزا (حـــال الأداء) أو مقترنـــا بشرط فاسخ أو معلقا على شرط واقف أو موصوفا بـــأى وصـــف آخر، ذلك أن الحق المقترن بشرط فاسخ هـــو مســـتحق الأداء وإن كان مهددا بالزوال فيكون مثل االحق المنجز واجب الحماية ويكون صاحبه مستحق الوقاية .

ومع أن الحق المعلق على شرط واقف أضعف من الحق المعلق على أجل لأن وجود الأخير محقق فى حين أن وجود الأول متوقف على تحقق الشرط، وقد لايتحقق ، فقد رجح فى شأنه أيضا القـــول بأنه يخول صاحبه استعمال حقوق مدينه ، وذلك استنادا إلى نـــص

---

(١) السنهورى جـــ٢ ص ٨٨٤ .

المادة ١١٨٠ فرنسى على أن للدائن تحت شرط أن يتخذ قبل تحقق الشرط جميع الإجراءات التى تؤدى إلى المحافظـة علـى حقـه . ويمكن القول بذلك أيضا فى التقنين المدنى المصرى استنادا إلى ما تنص عليه المادة ٢٦٨ من أنه يجوز للدائن فى الالتـزام المعلـق على شرط واقف " أن يتخذ من الإجراءات ما يحـافظ بـه علـى حقه"(١).

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" فلا يشترط من ناحية الدائن إلا تحقـق وجـود الـدين ، دون حلول أجل الوفاء به . ذلك أن الدعوى غير المباشرة تعتبـر فـى صلة الدائن بمدينه إجراء تحفظيا يجوز اتخاذه بمقتضى دين مضاف إلى أجل أو معلق على شرط . أما فى صلة المدين بـالغير الـذى يستعمل الحق فى مواجهته ، فتتكيف هذه الدعوى وفقا لطبيعة هـذا الحق ، وتكون بذلك إجراء تحفظيا أو إجراء تنفيذيا ، على حسـب الأحوال . فإذا حصل الدائن على قيد رهن رسمى باسـم مدينـه ، كانت الدعوى من قبيل الإجراءات التحفظية . ويكفى للحصول على هذا القيد أن يكون الدين المضمون بذلك الرهن موجـودا ، دون أن يكون مستحق الأداء . أما إذا طالب الدائن، على نقيض ذلك ، باسم

---

(١) سليمان مـرقس ص ٢٠٠ وما بعدهـا – نبيل إبراهـيم سعد ص ١١٢ ومابعدها .

المدين ، بدين واجب له ، فتعتبر الدعوى مـن قبيـل الإجـراءات التنفيذية ، ويشترط لاسـتعمالها أن يكـون هـذا الـدين مسـتحق الأداء"(١).

٣٢٠- لايشترط أن يكون حـق الدائن معين المقدار :

لايشترط أن يكون حق الدائن معين المقـدار ، فيجـوز مـثلا لصاحب الحق فى التعويض عن فعل ضار أن يستعمل حقوق مدينه من قبل أن يستصدر حكما بتقدير مبلغ التعويض تقديرا نهائيا . وقد نصت المادة ٢٣٥ صراحة على أنه لايشترط فى الدين أن يكـون معلوم المقدار .

٣٢١- الحقوق والـدعاوى التـى لا يجـوز اسـتعمالها باسـم المديـن :

أخرج النص طائفة من الحقوق من مجال استعمال الدعوى غير المباشرة . وقد عبر عنها الشارع فى الفقرة الأولى من النص بأنها ما كان " متصلا بشخصه خاصة أو غير قابل للحجز ".

وهكذا يخرج من دائرة الدعوى غير المباشـرة طائفتـان مـن الحقوق :

١- الحقوق المتصلة بشخص المدين خاصة .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٢ ص ٦٠٨ ومابعدها .

٢- الحقوق غير القابلة للحجز .

٣- ويضاف إلى ذلك أيضا أن استعمال الدعوى غير المباشرة مقصور على الحقوق دون الرخص .

ونعرض لذلك بالتفصيل فيما يلى .

٣٢٢- أولاً : الحقوق المتصلة بشخص المدين خاصة :

المقصود بهذه الحقوق ، هى التى تقوم فى أساسها على اعتبارات أدبية منوط تقديرها بالمدين وحده .

ويدخل فى هذا حق الواهب فى الرجوع فى الهبة بسبب جحود الموهوب إليه ، ذلك أن الرجوع إنما ينبنى على اعتبارات خاصة يستقل الواهب وحده بتقريرها .

ومن ذلك أيضا حق المدين فى المطالبة بالتعويض عن الضرر الأدبى ، كدعواه بالتعويض عن الألم الذى يصيبه لسبب فقد أحد أولاده فى حادث أو بالتعويض عن الضرر الأدبى الذى يصيبه من سب أو قذف ، وذلك ما لم يتحدد التعويض عن الضرر الأدبى بمقتضى اتفاق أو يطالب به المدين المضرور ، فعندئذ يزول عن الحق فى التعويض عن الضرر الأدبى الاعتبارات الشخصية البحتة.

وكذلك الحق فى طلب تعويض عن إصابة المدين فى جسمه [١].
وكذلك حق المدين فى الطلاق أو رفع دعوى نسب كأبوة أو بنوة ، مهما كانت النتائج التى تترتب على أى منها [٢].

أما الحق فى إبطال العقد الذى أبرمه المدين أثناء نقص أهليته، والحق فى طلب إسقاط النفقة المفروضة فلا يعتبران متصلين بشخص المدين وبالتالى يجوز للدائن استعماله من طريق الدعوى غير المباشرة .

ويلاحظ أن الحقوق المنوط بالمدين استعمالها بالنيابة عن غيره كحقوق ولده القاصر وحقوق موكله وحقوق الغير التى تكون موضوعه تحت حراسته لاتعتبر من حقوقه ولا شأن لدائنيه بها فلا يجوز لهم استعمالها من طريق الدعوى غير المباشرة [٣].

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" وينبغى أن يكون الحق الذى يستعمله الدائن باسم المدين داخلا فى الضمان العام لدائنيه . فإذا كان هذا الحق متصلا بشخص المدين على وجه التخصيص والإفراد (كالحق فى اقتضاء تعويض

---

(١) عبد المنعم البدراوى ص ١٢٢ ومابعدها – سليمان مرقس ص ٢٠٥.
(٢) عبد المنعم البدراوى ص ١٢١ ومابعدها .
(٣) سليمان مرقس ص ٢٠٥ .

عن ضرر أدبى) ، أو كان غير قابل للحجز (كدين النفقة ، المادة ٢٣٩ من المشروع فاستعمال الدائن له لا يجديه فتيلا) [١].

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " الحق فى الإجارة ليس من الحقوق المتصلة بشخص المستأجر خاصة ، وهو حق مالى يجوز التصرف فيه والحجز عليه، ومن ثم يجوز لدائن المستأجر أن يستعمل هذا الحق نيابة عنه طبقا لما تقضى به المادة ٢٣٥ من القانون المدنى . وإذ كان الثابت فى الدعوى أن مدين مصلحة الضرائب كان يستأجر من الشركة المطعون عليها متجرا ، ثم غادر الديار المصرية دون أن يوفى بما عليه، ووقعت الطاعنة- مصلحة الضرائب- الحجز على موجودات المحل الخشبية ، وعلى حق مدينها فى الإجارة ، ثم قامت ببيعها ، وتمسكت فى دفاعها أمام محكمة الموضوع بأن تصرفها فى حق الإجارة هو بيع للمتجر بأكمله ، نظرا لأن سمعته التجارية متوقفة على الصقع الذى يقع فيه ، وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر ، وحظر استعمال المصلحة لحق مدينها المستأجر فى الإجارة ، كما اشترط ضرورة شمول بيع المتجر لكافة مقوماته المعنوية ، ولم يعن ببحث الظروف الملابسة للبيع ، وما قد يكون

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٢ ص ٦٠٩ .

لها من دلالة على توافر العناصر المعنوية اللازمة لتكوين المتجر موضوع الدعوى فإنه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون وعاره قصور فى التسبيب ".

(طعن رقم ٣٥١ لسنة ٣٤ ق جلسة ١٩٧٢/٥/١٠)

٢- " النص فى الفقرة الأولى من المادة ٢٣٥ من القانون المدنى على أن " لكل دائن ولو لم يكن حقه مستحق الأداء أن يستعمل باسم مدينه جميع حقوق هذا المدين، إلا ما كان منها متصلا بشخصه خاصة أو غير قابل للحجز ... " يدل على أن نطاق الدعوى غير المباشرة لايشمل الحقوق التى يؤدى استعمال الدائن لها إلى المساس بما يجب أن يبقى للمدين من حرية فى تصريف شئونه ، فيجوز للدائن أن يرفع دعوى بإبطال عقد كان مدينه طرفا فيه لعيب شاب رضاه ، ولا يعتبر بذلك من قبيل الحقوق المتصلة بشخص المدين فيجوز من ثم استعمالها باسمه ، ولما كان الثابت من مدونات الحكم الابتدائى أن المطعون عليه الثانى أسس دعواه عند طلب الحكم بتسليمه العين المؤجرة وتمكينه من الانتفاع بها على بطلان عقد الإيجار الصادر للطاعنة والذى تضمنه محضر القرعة التى أجريت فى محافظة الجيزة ، وكان الحكم الابتدائى المؤيد بالحكم المطعون فيه بعد استعراضه توافر سائر شروط الدعوى غير المباشرة انتهى إلى أن المطعون عليه الثانى يحق له

الطعن على عقد الإيجار الصادر من المؤجر لـــه إلـــى الطاعنـــة لصدوره نتيجة إكراه لايمس إجراء عملية القرعة فإنه يكـــون قـــد أصاب صحيح القانون ، ولا يعيبه ما وقع فيه من تقريرات قانونية خاطئة لاتؤثر فى جوهر قضائه " .

(طعن رقم ٢٠٦ لسنة ٤٣ ق جلسة ١٩٧٧/٥/٤)

٣٢٣ـ ثانياً : الحقـوق غير القابلة للحجـز :

الحقوق غير القابلة للحجز لايجوز للدائن استعمالها باسم مدينـــه أو المطالبة بها بالنيابة عنه لانعدام مصلحته فى ذلك ، إذ أن حـــق الدعوى غير المباشرة إنما تقرر للدائن وقاية له من خـــط إهمـــال المدين فى استعمال حقوقه . فإذا كان حق المدين غير قابل للحجـــز عليه . فإن استقراره فى ذمة المدين لن يفيد الدائن شيئا ، فلا محل لتخويل الدائن حق المطالبة به من طريق الدعوى غير المباشـــرة، فلا يجوز للدائن مثلا أن يرفع دعوى نفقة باسم مدينـــه ولا دعـــوى استحقاق قطعة أرض زراعية إذا كان مجموع ما يملكه مدينه بمـــا فى ذلك هذه القطعة لا يجاوز خمسة أفدنة (القانون رقم ٥١٣ لسنة ١٩٥٣).

ويعتبر غير قابل للحجز الحق الذى يكون غير قابـــل للنـــزول كحق الاستعمال وحق السكنى حيث نصت المادة ٩٩٧ مدنى علـــى

أنه لايجوز النزول عنهما للغير إلا بناء على شرط صريح أو مبرر قوى . فما لم يوجد هذا الشرط الصريح أو المبرر القوى لايجـوز لدائن صاحب حق الاستعمال أو حق السكنى أن يلجأ إلـى طريـق الدعوى غير المباشرة فيما يتعلق بهذا الحق [1].

٣٢٤ـ ثالثا: الرخص المقررة للمدين :

لايجوز أن يكون من شأن الدعوى غير المباشـرة أن تسـمح للدائن بالتدخل فى شئون مدينه إلى درجة تسليمه كل حريـة فـى التقدير وفى تصريف شئونه . ولاينبغى أن يؤدى نظام الدعوى غير المباشرة إلى إخضاع المدين لنوع من الوصاية من جانب دائنيـه . ولذلك يقال عادة إن الدائن لايستطيع أن يستعمل رخصـة للمـدين. ويراد بالرخصة الحق الذى يتوقف نشوؤه على إعـلان إرادة مـن جانب الشخص . فمثلا لايجوز للدائن أن يقبل هبة نيابة عن المدين، ولا أن يقبل شراء صفقة معروضة عليه ، وكذلك ليس له أن يطلب الشفعة باسمه ، ولا أن يستعمل حق المدين بوصفه شـريكا علـى الشيوع فى استرداد الحصة الشائعة التى باعها شريكه إلى أجنبى .

وكذلك لايجوز للدائن أن يحل محل المدين فـى إدارة أموالـه

---

(١) سليمان مرقس ص ٢٠٤ ومابعدها – عبد المنعم البـدراوى ص ١٢١ ومابعدها .

بحجة أن المدين سئ الإدارة ، وليس له أن يحل محله فى استعماله أمواله واستغلالها ، كأن يقوم مثلا بزراعة أراضيه بحجة أن المدين لا يحسن زراعتها .

ولكن إذا أصبحت الرخصة حقا ، كان للدائن أن يستعمل هـذا الحق باسم مدينه ، مادام أنه قد استوفى الشروط اللازمة ، ولو كان ثبوت هذا الحق نهائيا فى ذمة المدين متوقفا على إرادته ومشـيئته. وهذا ما يسميه البعض بالخيارات . فالخيارات مشيئة تسـتند إلـى حقوق سبق اكتسابها ، ولكن صاحبها مخير بين أن يقبلها فيستقر له الحق نهائيا أو يردها فيزول الحق عنه .

وفى هذا تفترق الخيارات عن الرخص . فالخيار يفتـرض أن هناك حقا نشأ ، وإنما يتعلق الخيار باستعمال الحق لا بإنشائه كمـا هو الحال فى الرخص حيث يتوقف نشوء الحق ذاتـه علـى إرادة الشخص . والمثال النموذجى للخيارات هو خيار الموصى إليه فـى قبول الوصية أوردها . فحق الموصى إليه ينشـأ بمجـرد مـوت الموصى مصرا على الوصية . ولكن القانون يعطيه مع ذلك خيـار الرد ، فيستطيع أن يقبل الوصية فيثبت الحق نهائيا فى ذمتـه أو أن يردها. ومن ذلك أيضا خيار المنتفع فى الاشتراط لمصلحة الغيـر فى قبول المنفعة التى وجهت إليه بالاشتراط أوردها فـالقبول هنـا لاينشئ حقا جديدا ، ولكنه تثبيت للحق الذى سبق اكتسابه ، ولـذلك

يجوز للدائن فى الحالين القبول عن المدين ، ما لم يكن الأمر متعلقا باعتبارات أدبية خاصة يستقل المدين بتقديرها ، فيكون القبول عندئذ من الحقوق المتصلة بشخصه خاصة .

هذا ولم يعتبر المشرع التمسك بالتقادم من قبيل الرخص بل اعتبره من قبيل الخيارات التى يجوز استعمالها بواسطة الدائنين أو أى شخص ذى مصلحة ، ولو لم يتمسك به المدين (مادتان ٣٨٧/١، ٩٧٣ مدنى)[1].

٣٢٥- شروط استعمال الدعوى غير المباشرة التى ترجع إلى المدين :

لايجوز للدائن أن يستعمل حقا للمدين إلا إذا كانت له مصلحة فى ذلك ، إذ ليس من المعقول أن يتدخل الدائن فى شئون مدينه بدون مقتض . وقد أوجبت الفقرة الثانية من المادة ٢٣٥ مدنى أن يتوافر شرطان فى المدين تتحقق بتوافرهما مصلحة للدائن فنصت على أن : " لا يكون استعمال الدائن لحقوق مدينه مقبولا إلا إذا أثبت أن المدين لم يستعمل هذه الحقوق وأن عدم استعماله لها من شأنه أن يسبب إعساره أو أن يزيد فى هذا الإعسار " . وتضيف الفقرة المذكورة إلى هذين الشرطين شرطا شكليا فى حالة ما إذا

---

(١) عبد المنعم البدراوى ص ١٢٣ ومابعدها .

كان استعمال الدائن لحق مدينه قد اتخذ صورة دعوى رفعها الدائن باسم المدين. فتنص على أنه يجب إدخال المدين خصما فى الدعوى.

وعلى هذه تخلص هذه الشروط فيما يلى :

١- سكوت المدين عن استعمال حقه .

٢- إعسار المدين .

٣- أن يكون استعمال الدائن حق مدينه باسم المدين .

٤- إدخال المدين خصما فى الدعوى .

ونعرض لهذه الشروط بالتفصيل فيما يلى :

٣٢٦ـ أولا : سكوت المدين عن استعمال حقه :

الأصل أن المدين يستعمل حقوقه بنفسه ، ولا يبرر استعمال الدائن حقوق المدين إلا إذا تراخى الأخير فى استعمالها . فإذا باشر المدين حقه أو كانت لاتزال أمامه فسحة من الوقت لمباشرته دون خطر على هذا الحق ، فليس لدائنه أن يستعمل هذا الحق من طريق الدعوى غير المباشرة .

فيجب حتى يجوز للدائن ذلك أن يتأخر المدين فى استعمال حقه عن الوقت الذى لايسمح الرجل المعتاد لنفسه أن يتركه ينقضى دون أن يستعمل هذا الحق .

ويكفى مجرد تأخر المدين عن استعمال حقه دون حاجة إلى إعذاره لذلك .

ويقدر القاضي في كل حالة على حدة ما إذا كان المدين يعد مهملا استعمال حقه أم لايعد كذلك . فإذا لم يقع من المدين تأخر في استعمال حقه عن الوقت المناسب ، فلا يجوز للدائن أن يستعمله بالنيابة عنه ولو أنذره بضرورة ذلك [١].

غير أنه لايشترط أن يكون المدين سئ النية ، بل يستوى أن يكون المدين قد تعمد عدم استعمال حقه بنية الإضرار بدائنيه ، أو أن يكون سكوته راجعا إلى مجرد الإهمال من جانبه [٢].

وإذا كان المدين قد باشر حقه بنفسه ، فرفع به دعوى أمام القضاء ، فلا يجوز للدائن أن يبدأ مطالبة جديدة بطريق الدعوى غير المباشرة ، ولو كان يخشى أن يتواطأ المدين مع الخصم أو أن يتراخى في الدفاع عن حقه . وكل ماله في هذه الحالة هو أن يتدخل في الدعوى التي رفعها المدين منضما إليه ، فيراقب دفاعه أو يؤيده فيه حتى لا يخسر المدين دعواه تواطؤا أو تراخيا [٣].

ويقع على الدائن عبء إثبات إهمال المدين ، أي إثبات أن المدين كان يجب عليه أن يستعمل حقه في وقت معين فلم يفعل [٤].

---

(١) سليمان مرقس ص ٢٠٦ .
(٢) اسماعيل غانم ص ١٦٠ – نبيل إبراهيم سعد ص ١١٠.
(٣) اسماعيل غانم ص ١٦٠.
(٤) سليمان مرقس ص ٢٠٦ – محمدعلى عمران ص ٧٧ ومابعدها .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" أما المدين الذى يستعمل الحق باسمه ، فيشترط بالنسبة له شرطان : فعلى الدائن أولا أن يقيم الدليل على أن إحجام هذا المدين عن استعمال حقه ، من شأنه أن يسبب إعساره أو أن يزيد فى هذا الإعسار . فيشترط ، والحال هذه ، أن يكون المدين معسرا ، بصرف النظر عن الحق الذى يراد استعماله وهذا هو وجه مصلحة الدائن فى الالتجاء إلى الدعوى . ويتعين على الدائن ، من ناحية أخرى ، أن يقيم الدليل على إحجام المدين ، وقد يرجع ذلك إما إلى سوء نية هذا المدين ، وإما إلى مجرد إهماله . فمتى توافر للدائن هذا الدليل ، كان له أن يخرج مدينه عن موقف الإحجام ، ويتولى الأمر بنفسه ، وهو فى هذا الوضع لا يلتزم إلا موقفا سلبيا فى الرقابة والإشراف ، ولو أنه يشترك فى الخصومة . ويراعى أخيرا أن الدائن لايلزم بإعذار مدينه رغم ما يؤخذ عليه من تراخ أو إحجام . وإذا كان من حق الدائن أن يقاضى الغير باسم مدينه ، دون إعذار سابق ، فمن واجبه أن يختصم هذا المدين متى رفعت الدعوى"[1].

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٢ ص ٦٠٩ .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" إن القانون المدنى فى المادة ١٤١ منه قد أجاز لدائنى العاقد، بما لهم من الحق على عموم أموال مدينهم ، أن يقيموا باسمه الدعاوى التى تنشأ عن مشارطاته أو عن أى نوع من أنواع التعهدات ما عدا الدعاوى الخاصة بشخصه .

وإذن فلا يصح أن يضار الدائن بسكوت المدين عن الدفاع عن حقه هو أو بتواطئه مع الغير على إهداره . فإذا ما باشر الدائن المطالبة بحق مدينه أو الدفاع عنه وجب على المحكمة أن تعتبره مدافعا عن حق له لا يتأثر بسلوك المدين حياله ، ووجب عليها أن تفصل فى أمره استقلالا . ومن مؤدى ذلك أنه إذا أضاف المدعى إلى دفاعه تمسكه بحق مدين له قبل المدعى عليه واحتجاجه بأن المدين أهمل الدفاع عن حقه بقصد الكيد له وجب على المحكمة أن تفحص ذلك وترد عليه وإلا كان حكمها معيبا متعينا نقضه . ولايصلح ردا على ذلك قول المحكمة إنه ليس للدائن إرغام مدينه على التمسك بحقوقه ".

(طعن رقم ٩٩ لسنة ١٤ ق جلسة ١٩٤٥/٥/٣)

٣٢٧ـ ثانيا : إعسار المدين :

الغاية من الدعوى غير المباشرة هى حماية مصلحة الدائنين بالمحافظة على الضمان العام . ولذلك يتعين لمباشرة الدائن حق المدين، أن يكون فى عدم استعمال المدين لحقه من **شأنه أن يسبب إعساره أو يزيد فى هذا الإعسار مما يترتب عليه حرمان الدائن من الحصول على حقه كاملا عند التنفيذ .**

أما إذا كان فى استطاعة الدائن أن يستوفى دينه كاملا بالتنفيذ على أموال المدين الأخرى فلن يصيبه ضرر من فوات الحق الذى لم يستعمله المدين فلا تكون له مصلحة فى استعماله[1] .

---

(١) على أن هناك أحوالا لا يكون فيها المدين معسرا وتتحقق مع ذلك مصلحة الدائن فى أن يستعمل حقه عنه . ويعرض ذلك بوجه خاص إذا اشترى شخص عقارا بعقد غير مسجل ثم باعه لآخر ، لن يستطيع المشترى الأخير أن يسجل عقده إلا إذا تم تسجيل العقد الصادر لبائعه فيثور التساؤل عما إذا كان يجوز له أن يرفع باسم بائعه دعوى على البائع الأصلى يطلب فيها الحكم بصحة عقد البيع الأول توطئه للحكم بصحة عقده هو فى مواجهة بائعه ؟ لم تكن المادة ١٤١ من التقنين السابق تنص على شرط الإعسار. ولذلك لم تتردد محكمة النقض فى الاعتراف للمشترى بالحق فى رفع دعوى صحة التعاقد باسم بائعه ، بوصفه دائنا له . دون أن تعنى إطلاقا بالبحث فيما إذا كان هذا البائع معسرا أو غير معسر.

إذ قضت محكمة النقض بأن :

١- " إن المادة ١٤١ من القانون المدنى خولت الدائن أن يقيم لمصلحته، باسم مدينه ، الدعاوى التى تنشأ عن مشارطاته أو عن أى نوع من أنواع التعهدات ما عدا الدعاوى الخاصة بشخصه . وإذن فإنه لما كان من يشترى عقارا بعقد غير مسجل يعتبر دائنا للبائع فى التزامه بنقل الملكية الناشئ عن عقد البيع غير المسجل ، كان له الحق قانونا فى أن يرفع باسم البائع له الدعوى على من اشترى منه هذا البائع الأطيان التى باعها بعقد هو أيضا غير مسجل طالبا إليه تنفيذ التزامه بنقل الملكية أو بعبارة أخرى أن يطلب الحكم بصحة عقد البيع الصادر لهذا البائع توطئة للحكم بصحة عقده هو " .

(طعن رقم ١٠٢ لسنة ١٣ ق جلسة ١٩٤٤/٤/٦)

(ذات المبدأ طعن رقم ٨٨ لسنة ١٣ ق جلسة ١٩٤٤/٤/٢٠)

ولاشك فى عدالة هذا القضاء فهو يهئ للمشترى السبيل الوحيد إلى التسجيل، وبالتالى لاكتساب ملكية ما اشتراه ،إذا امتنع بائعه عن رفع دعوى صحة التعاقد بنفسه على البائع الأصلى . ولكنه يبدو أن إباحة الالتجاء إلى الدعوى غير المباشرة فى هذه الحالة يتعارض مع التقنين المدنى الجديد ، بعد أن نص صراحة فى المادة ٢/٢٣٥ على الإعسار كشرط ضرورى لكى يكون "استعمال الدائن لحقوق مدينه مقبولا " . ولكن ينتفى هذا التعارض إلا إذا سلمنا أن الشرط الجوهرى للالتجاء إلى الدعوى غير المباشرة هو وجود مصلحة مشروعة للدائن ، وأن شرط الإعسار ليس مقصودا لذاته ، وأنه إذا كان المشرع قد نص عليه فى المادة ٢/٢٣٥ فما ذلك إلا أخذا بالغالب . فمصلحة الدائن إنما تتحقق غالبا فى حالة إعسار المدين . على أن الأخذ بهذا التفسير لن تقتصر

ويقصد بالإعسار هنا مجرد الإعسار الفعلى وهو زيادة الديون على الحقوق ، لا الإعسار القانونى الذى يستلزم حكما بشهره وفقا للمواد ٢٤٩ ومابعدها من القانون المدنى .

ويدخل فى الديون – عند تقدير الإعسار– الديون الحالة وكذلك الديون التى لم تحل . فالمهم أن تكون أموال المدين لا تكفى للوفاء بديونه جميعا .

ويقع على الدائن عبء إثبات أن عدم استعمال المدين لحقه من شأنه أن يسبب إعساره أو يزيد فى هذا الإعسار [(١)].

(أنظر فى كيفية إثبات الإعسار شرح المادة ٢٣٩) .

٣٢٨ـ ثالثاً : أن يكون استعمال الدائن حق مدينه باسم المدين :

(أنظر فى التفصيل شرح المادة ٢٣٦) .

٣٢٩ ـ رابعاً : إدخال المدين خصما فى الدعوى :

تنص المادة ٢/٢٣٥ مدنى على أنه : " لايشترط إعذار المدين لاستعمال حقه ولكن يجب إدخاله خصما فى الدعوى " . وعلى ذلك فإن إدخال المدين فى الدعوى شرط ضرورى لقبول الدعوى بحيث

نتائجه على الدعوى غير المباشرة فحسب ، بل يتعين منطقا اتباع التفسير ذاته فى تحديد المقصود بشرط الإعسار فى الدعوى البوليصية كما سنرى (اسماعيل غانم ص ١٦٠ هامش(١) ومابعدها) .

(١) عبد المنعم الصده ص ٦٠– نبيل إبراهيم سعد ص ١١١ .

إذا أهمله الدائن جاز لمدين المدين الدفع بعدم قبول الدعوى ، إلا إذا كان المدين قد دخل فى الدعوى من تلقاء نفسه أو أدخلـه الخصـم نفسه .

وإدخال المدين خصما فى الدعوى ، يجعل الحكم الصادر فيهـا حجة عليه .

كما يجوز للقاضى أن يأمر من تلقاء نفسه بإدخال المدين خصما فى الدعوى ، إذا رأى فائدة من ذلك[١] .

وليس على الدائن أن يدخل سائر الدائنين فـى الـدعوى غيـر المباشرة . والحكم الصادر فيها سيكون حجة عليهم لأن المدين وهو يمثل كل دائنيه مختصم فيها [٢].

على أنه يلاحظ أن هذا الشرط لا محل له إلا حيـث يقتضـى استعمال حقوق المدين رفع دعوى بكل معنى الكلمة علـى مـدين المدين ، إنما حيث يكون ذلك الاستعمال باتخاذ أى إجـراء آخـر كتجديد قيد رهن أو إعلان الحكم الصادر لمصـلحة المـدين إلـى خصمه فلا يتصور تحقق هذا الشرط[٣].

---

(١) السنهورى جـ٢ ص ٨٩٠ - عبد المنعم البدراوى ص ١٢٧ - وعكس ذلك سليمان مرقس ص ٢١٠ .
(٢) عبد المنعم البدراوى ص ١٢٧ .
(٣) سليمان مرقس ص ٢١٠ .

ولما كان لابد من إدخال المدين خصما ، فقد استغنى الشارع بذلك عن إعذاره ، لأن إدخاله خصما أقوى من الإعذار . وقد نصت المادة ٢/٢٣٥ صراحة على ذلك (١).

٣٣٠- أثر إدخال المدين فى الدعوى :

يترتب على إدخال المدين فى الدعوى أحد أمرين : إما أن يتخذ المدين موقفا سلبيا من الخصومة تاركا للدائن عبء مباشرة الدعوى عنه ، وإما أن يتخذ موقفا إيجابيا فيعمد إلى مباشرة الدعوى بنفسه ، وفى هذه الحالة الأخيرة على الدائن أن يمتنع عن المضى فى الإجراءات التى بدأها وأن يترك إتمامها للمدين ، ويقتصر دور الدائن على مجرد مراقبة دفاع المَدين (٢).

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" المدين الذى أوجبت الفقرة الثانية من المادة ٢٣٥ من القانون المدنى إدخاله خصما فى الدعوى – غير المباشرة- قد يتخذ موقفا سلبيا تاركا للدائن بحث مباشرة الدعوى عنه أو يسلك موقفا إيجابيا فيعمد إلى مباشرة الدعوى بنفسه ، وحينئذ يقتصر دور الدائن على مجرد مراقبة دفاع المدين . ولما كان المدين المطعون عليه الأول

---

(١) السنهورى جـ٢ ص ٨٩٠- عبد المنعم البدراوى ص ١٢٧ .
(٢) نبيل إبراهيم سعد ص ١١٢ .

قد آثر طيلة تردد الدعوى أمام محكمة أول درجة الموقف السلبى مكتفيا بأن يقرر أمامها أنه أكره على التوقيع على محضر القرعة ، كما جاء على لسان محاميه أمام محكمة الاستئناف أنه ينضم للمطعون عليه الثانى فى طلباته ، فإن قول الحكم أنه وقف من الدائن موقف المظاهر المؤيد له لاينطوى على خطأ فى تطبيق القانون ".

(طعن رقم ٢٠٦ لسنة ٤٣ ق جلسة ١٩٧٧/٥/٤)

مــادة (٢٣٦)

يعتبر الدائن فى استعمال حقوق مدينه نائبا عن هذا المـدين ، وكل فائدة تنتج من استعمال هذه الحقوق تدخل فى أموال المـدين وتكون ضمانا لجميع دائنيه .

الشــرح

٣٣١- نيابة الدائن عن مدينه فى رفع الدعوى غير المباشرة :

اعتبرت المادة الدائن فى الدعوى غير المباشرة مع ما له من مصلحة شخصية فيها ، نائبا عن المدين ، يتعين عليه كما يتعين على كل نائب فى مباشرة حقوق الأصيل أن يباشرها باسم المدين بحيث لو باشرها باسمه الخاص فى غير الحالات التى يخوله فيها القانون حق الدعوى المباشرة ، كانت دعواه غير مقبولة لإنعدام الصفة .

وليس يلزم فى ذلك أن يصدر الدائن صحيفة الدعوى بذكره أنه يرفعها باسم المدين ، **وإنما يكفى أن يبين ذلك من مجموع عبارات الصحيفة المذكورة[١].**

---

(١) سليمان مرقس ص ٢٠٨- استئناف مختلط ١٣ فبراير ١٩١٣ ، ١٩ أبريل ١٩١٨ .

ويستمد الدائن فى الدعوى غير المباشرة صفة النيابة عن المدين من القانون ذاته، ولذلك فهو لايحتاج فى رفع هــذه الــدعوى إلــى الحصول على إذن فى ذلك من القضاء .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " إن القانون المدنى فى المادة ١٤١ منه قد أجــاز لــدائنى العاقد ، بما لهم من الحق على عموم أموال مــدينهم ، أن يقيمــوا باسمه الدعاوى التى تنشأ عن مشارطاته أو عن أى نوع من أنواع التعهدات ما عدا الدعاوى الخاصة بشخصه . وإذن فلا يصــح أن يضار الدائن بسكوت المدين عن الدفاع عن حقه هو أو بتواطئه مع الغير على إهداره . فإذا ما باشر الدائن المطالبة بحــق مدينــه أو الدفاع عنه وجب على المحكمة أن تعتبره مدافعا عن حق لايتــأثر بسلوك المدين حياله ، ووجب عليها أن تفصل فى أمره اســتقلالا . ومن مؤدى ذلك أنه إذا أضاف المدعى إلى دفاعه تمسكه بحق مدين له قبل المدعى واحتجاجه بأن المدين أهمل الدفاع عن حقه بقصــد الكيد له وجب على المحكمة أن تفحص ذلك وترد عليه وإلا كــان حكمها معيبا متعينا نقضه . ولايصلح ردا على ذلك قول المحكمــة إنه ليس للدائن إرغام مدينه على التمسك بحقوقه ".

(طعن رقم ٩٩ لسنة ١٤ ق جلسة ١٩٤٥/٥/٣)

٢- " إذ أجاز التقنين المدنى فى المـادة ٢٣٥ لكـل دائـن أن يستعمل باسم مدينه جميع حقوق هذا المدين إلا ما كان منها متصلا بشخصه خاصة ، أو غير قابل للحجز ، فقد أوجب على الدائن الذى يطالب بحق مدينه - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمـة- أن يقيم الدعوى باسم المدين ليكون المحكوم به حقا لهذا المدين ويدخل فى عموم أمواله ضمانا لحقوق دائنيه ويتقاسموه قسمة غرماء فـإذا هو لم يرفعها بوصفه دائنا وإنما رفعها استعمالا لحق مباشر لـه ، وطلب الحكم لمصلحته ، لا لمصلحة مدينه ، فإنها تكـون دعـوى مباشرة أقامها باسمه ولمصلحته وإذ كان الثابت أن الطـاعن أقـام الدعوى بطلب الحكم بإلزام المطعون عليه الأول- واضـع اليـد- وورثة البائع له بتسليمه هو الأطيان التى اشـتراها بعقـد عرفـى وماكينة الرى القائمة عليهاولم يطلب الحكم بالتسليم لمصلحة مدينـه البائع حتى تبحث المحكمة النزاع علـى الملكيـة - الـذى أثـاره المطعون عليه الأول- على هذا الأساس ولما كان الحكم المطعـون فيه قد فصل فى الدعوى على أساس أنها دعوى مباشـرة فإنـه لا يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون ".

(طعن رقم ٤٧٦ لسنة ٣٩ ق جلسة ١٩٧٥/٤/٢٩)

٣- " إذ أجاز التقنين المدنى فى المـادة ٢٣٥ لكـل دائـن أن يستعمل باسم مدينه جميع حقوق هذا المدين إلا ما كان منها متصلا

بشخصه أو غير قابل للحجز، فقد أوجب على الدائن الذى يطالب بحق مدينه أن يقيم الدعوى باسم المدين ليكون المحكوم به حقا لهذا المدين ويدخل فى عموم أمواله ضمانا لجميع دائنيه ويتقاسموه قسمة غرماء ، فإذا هو لم يرفعها بوصفه دائنا ، وإنما رفعها استعمالا لحق مباشرٍ له ، وطلب الحكم لمصلحته لا لمصلحة مدينه ، فإنها تكون دعوى مباشرة أقامها باسمه ولمصلحته ".

(طعن رقم ٩٤٣ لسنة ٥١ ق جلسة ١٩٨٨/٣/٢٤)

آثار الدعوى غير المباشرة

٣٣٢ـ تحديد هذه الآثار :

آثار هذه الدعوى تسيطر عليها طبيعة الدعوى من حيث موقف الدائن فيها . فهى دعوى غير مباشرة ، يطالب فيها الدائن باسم مدينه بحق لهذا المدين ، فالدائن فيها يعمل بوصفه نائبا قانونيا عن المدين . وهذه النيابة لمصلحة النائب لا لمصلحة الأصيل ، وبأنها مقصوره على استعمال الحق دون التصرف فيه .

ونتناول آثار الدعوى غير المباشرة على النحو التالى :

(أ)- آثار الدعوى بالنسبة للمدين :

استعمال الدائن لحق مدينه عن طريق الدعوى غير المباشرة ، لايغل يد المدين عن هذا الحق . فالمدين يظل محتفظا بحقه ،

ويستطيع أن يتصرف فيه بكافة أنواع التصرفات . فيجـوز لـــه أن ينقله إلى الغير ، وأن يتصالح عليه مع الخصم ، وأن يتنازل عنــه. ولايستطيع الدائن أن يعترض على هذه التصرفات إلا عن طريــق الدعوى البوليصية إذا توافرت شروطها .

كما أن لمدين المدين أن يفى بالدين للمــدين ، فيكــون وفـــاؤه صحيحا نافذا رغم وقوعه بعد قيام الـدائن يرفـع الــدعوى غيــر المباشرة(١).

ولكن من ناحية أخرى يجوز لمدين المدين أن يوفى للدائن الدين الذى له فى ذمة المدين فيمنعه بذلك من الاستمرار فى الدعوى غير المباشرة بعد أن زالت صفته . وتبرأ ذمة مدين المدين من دينه قبل المدين بقدر ما وفاه للدائن (٢).

ويحسن بالدائن بدلا من أن يلجأ إلى طريــق الــدعوى غيــر المباشرة ، أن يتبع طريق حجز ما للمدين لــدى الغيــر إن كانــت شروط هذا الحجز متوافرة . فحجز ما للمدين لدى الغير يتميز على الدعوى غير المباشرة بأن من شأنه حبس المـــال المحجــوز عــن المدين المحجوز عليه ، فلا يحتج على الدائن الحاجز بعد إعـــلان ورقة الحجز بأى تصرف يجريه المدين ، ولايجوز للمحجوز لديــه

---

(١) اسماعيل غانم ص ١٦٣ – نبيل إبراهيم سعد ص ١١٤ .

(٢) اسماعيل غانم ص ١٦٣ هامش (٤) .

أن يوفى للمدين المحجوز عليه فإن قام بالوفاء رغم الحجز فلن يكون هذا الوفاء نافذا فى مواجهة الدائن الحاجز [١].

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" إنه وإن كان المدين الذى يرفع دائنه باسمه الدعوى غير المباشرة يبقى محتفظا بحرية التصرف فى الحق المطالب به فيها، ومن ثم يكون هذا التصرف نافذا فى حق الدائن - شأنه فيه شأن المدين الذى صدر منه - ويكون للخصم المرفوعة عليه الدعوى (مدين المدين) حق التمسك فى مواجهة الدائن ، إلا أن ذلك مقيد بشرط عدم قيام الغش والتواطؤ بين الخصم والمدين للإضرار بحقوق الدائن ، ففى هذه الحالة يحق للدائن أن يطعن فى تصرف المدين بالدعوى البوليصية ".

(طعن رقم ٧٧ لسنة ١٨ ق جلسة ١٩٥٠/٢/٢)

(ب) أثر الدعوى بالنسبة لمدين المدين :

يستطيع مدين المدين الذى يستعمل الدائن حق مدينه قبله أن يدفع فى مواجهة الدائن بكافة الدفوع التى كان يستطيع أن يدفع بها فى مواجهة المدين . فالدائن ليس إلا نائبا عن هذا المدين . فللخصم أن يدفع بجميع أسباب انقضاء الدين سواء بالتقادم أو الوفاء أو

---

(١) اسماعيل غانم ص ٢٦٤ .

المقاصة ، حتى ولو تم هذا الوفاء أو توافرت شروط المقاصة بعد رفع الدعوى غير المباشرة .

كما أن للخصم أن يتمسك بأوجه البطلان التى تشوب العقد ، وذلك إذا كان الدائن يستند فى مطالبته إلى عقد تم بين الخصم والمدين، فلا فرق إذن بالنسبة للخصم أن يكون المدين قد باشر حقه بنفسه ، وبين أن يكون الدائن قد باشر هذا الحق نيابة عنه (١).

ولكن ليس للخصم أن يدفع دعوى الدائن بدفوع خاصة بشخص هذا الدائن ، كوقوع مقاصة بين الخصم والدائن شخصيا ، لأن الدائن إنما ينوب عن المدين فلا يتمسك قبله إلا بما يتمسك به قبل المدين (٢).

(ج) أثر الدعوى بالنسبة للدائن :

الدائن فى استعماله لحق المدين عن طريق الدعوى غير المباشرة يستعمله نيابة عن المدين . ولذلك يستطيع أن يطالب الخصم بكل ما كان يستطيع أن يطالبه به المدين بصرف النظر عن مقدار أو طبيعة أو مصدر حق الدائن قبل المدين، فالدائن لايختص بما يقضى به وإنما يدخل ذلك فى الضمان العام للدائن .

---

(١) السنهورى جـ٢ ص ٩٠٥ – نبيل إبراهيم ص ١١٤ .

(٢) السنهورى جـ٢ ص ٩٠٦ – اسماعيل غانم ص ١٦٤ .

وعلى ذلك للدائن أن يطالب الخصم بكل ما كان يستطيع أن يطلبه من المدين ، حتى لو كان حق الدائن أقل مما للمدين لدى الخصم . فمثلا لو أن حق الدائن يبلغ قيمته مائة وكان حق المدين يساوى مائتين ، كان للدائن مطالبة هذا الأخير بالمائتين كلها . ذلك أن الدائن لايختص – كما سنرى- بما يقضى به بل يدخل فى ذمة مدينه ، وفى الضمان العام لكل الدائنين . فمن الجائز إذن أن يشارك الدائن فيما يقضى به غيره من دائنى المدين . ومن ثم فإن له مصلحة فى أن يدخل المبلغ كاملا (المائتين) فى ذمة المدين[1].

(د) آثار الدعوى بالنسبة لسائر الدائنين :

إذا نجح الدائن فى الدعوى، فإنه لايستأثر وحده بنتيجة الدعوى. فهو نائب عن المدين . وتهدف الدعوى إلى إدخال المال فى ذمة المدين ، ويدخل بالتالى فى الضمان العام لدائنيه فيستطيع الدائن رافع الدعوى وغيره من الدائنين أن ينفذوا على هذا المال ، دون أن يختص به الدائن الذى رفع الدعوى وحده .

وهذه النتيجة من شأنها أن تضعف الدعوى غير المباشرة وتجعلها قليلة الاستعمال فى العمل . فالدائن ، بعد أن ينفق الجهد والوقت والمصاريف فى مباشرة إجراءات الدعوى ، يجد غيره من

---

(١) عبد المنعم البدراوى ص ١٣١ .

الدائنين يزاحمونه ويشاركونه حصيلة الدعوى دون أن يستأثر هــو بثمرتها .

وإذا خسر الدائن الدعوى فحكم لصالح الخصم ، كان هذا الحكم حجة على المدين وبالتالى على سائر الدائنين . فالمدين قد اختصــم حقا فى الدعوى لشخصه فيكون للخصم الذى صدر الحكم لصــالحه أن يتمسك بحجية الشئ المحكوم فيه إذا ما عاد المدين فرفع دعوى ثانية بنفسه ، أو جاء أحد الدائنين الآخــرين فرفعهــا ثانيــة باســم المدين[١].

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" لاتقتصر هذه المادة على بيان حكم الدعوى غير المباشــرة ، بل تجاوز ذلك إلى تعليل هذا الحكم ، فإذا كان من أثر هذه الدعوى إدخال ما تسفر عن تحصيله فى ذمة المدين، وإلحاقه بالضمان العام لدائنيه ، فعلة ذلك أن الدائن لا يتولاها إلا بوصفه نائبا عــن هــذا المدين ، ونيابته هذه نيابة قانونية تثبت له بنص القانون "[٢].

وقد قضت محكمة النقض بــأن :

"المدين- وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة- يعتبر ممــثلا لدائنه العادى فى الخصومات التى يكون هذا المدين طرفــا فيهــا ،

(١) اسماعيل غانم ص ١٦٦ - نبيل إبراهيم سعد ص ١١٥ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جــ٢ ص ٦١١ .

فيفيد الدائن من الحكم الصادر فيها لمصلحة مدينه كما بعتبر الحكم على المدين حجة على دائنه فى حدود ما يتأثر بالحكم حق الضمان النعام الذى للدائن على أموال مدينه ، كما أن للدائن ولو لـــم يكـــن طرفا فى الخصومة بنفسه أن يطعن فى الحكم الصادر فيها بطـــرق الطعن العادية وغير العادية بالشروط التى رسمها القانون لأطراف الخصومة وذلك لما هو مقرر من أن الطعن يقبل ممن كان طرفـــا بنفسه أو ممن ينوب عنه فى الخصومة التى انتهت بالحكم المطعون فيه ، كما يفيد الدائن من الطعن المرفوع من مدينه ويحـــتج عليـــه بالطعن المرفوع على هذا المدين ".

(طعن رقم ٩٥٥ لسنة ٤٨ ق جلسة ١٩٨٢/١/١٤)

٣٣٣ـ الدعوى المباشرة :

واضح من الآثار التى ذكرناها للدعوى غيـــر المباشـــرة ، أن الفائدة التى يجنيها الدائن من هذه الدعوى ضئيلة وغير محققة. فلو أن الدائن كانت له دعوى مباشرة يرفعها باسمه ضد مدين المـــدين ليتسر له بذلك أن يستأثر بثمرة هذه الدعوى . لكن مثل هذه الدعوى لا تتوفر للدائن إلا بمقتضى نص فى القانون . وقد مـــنح المشـــرع الدائن فى حالات معينة دعوى مباشرة ضد مدين المدين . ومن ذلك دعوى المؤجر قبل المستأجر من الباطن (م٥٩٦ مدنى) ، ودعـــوى

المقاول من الباطن والعمال قبل رب العمل (م٦٦٢ مدنى)، ودعوى الموكل قبل نائب الوكيل (م٧٠٨ مدنى) . وهذه الدعوى تكون في الواقع بمثابة امتياز للدائن على الدين الذى فى ذمة مدين المدين ، لأنه بها يأمن الدائن مزاحمة غيره من الدائنين الذين لم تتقرر لهم هذه الدعوى [١].

(١) عبد المنعم الصده ص ٦٢ .

مــادة (٢٣٧)

لكل دائن أصبح حقه مستحق الأداء ، وصدر من مدينه تصرف ضار به أن يطلب عدم نفاذ هذا التصــرف فــى حقــه ، إذا كــان التصرف قد أنقص من حقوق المدين أو زاد فى التزاماته وترتــب عليه إعسار المدين أو الزيادة فى إعساره ، وذلك متــى تــوافرت الشروط المنصوص عليها فى المادة التالية .

الشــرح

٣٣٤ـ تعريف الدعوى البوليصية :

يرجع اسم الدعوى البوليصــية إلـــى البريطــور الرومــانى (بولص) الذى يقال إنه هو الذى ابتدعها[١] . ويطلــق علـــى هــذه الدعوى أيضا اسم دعوى عدم نفاذ التصرفات . وهى الدعوى التى

---

(١) ويبدو أن البريطور "بولص" هذا ليس إلا شخصا خياليا اخترعه بعــض المحشين . ولم تكن الدعوى البوليصية فى عهــد القــانون الرومــانى المدرسى دعوى واحدة ، بل كانت دعاوى متعــددة أعطيــت لحمايــة الدائنين فى حالات مختلفة ، ولم تتوحد فى دعوى واحدة إلا فى عهــد جوستنيان وكان لهذه الدعاوى فى إجراءات القانون الرومانى الطــابع الجماعى ، إذ كانت لا تعطى إلا ضد المدين المفلس لجماعة الــدائنين فى شخص ممثل لهم هو الذى كان يوكل إليه تصفية أموال المــدين . فكانت فائدتها تعود على جماعة الدائنين ، لا تختص بواحد مــنهم دون الآخرين ، وقد انقلبت الدعوى البوليصية فى القانون الحديث من دعوى جماعية إلى دعوى فرعية (السنهورى جـــ ٢ ص ٩٢٥) .

يقيمها الدائن ضد مدينه المعسر إذا أبرم تصرفا للإضرار به بطريق الغش والتواطأ ، يطلب فيها عدم نفاذ هذا التصرف فى حقه.

ويترتب على الحكم بعدم نفاذ التصرف عدم سريانه بالنسبة لباقى الدائنين .

٣٣٥- الهدف من الدعوى البوليصية :

تشترك الدعوى البوليصية مع الدعوى غير المباشرة فى الغرض النهائى ، وهو المحافظة على الضمان العام . ولكن فى حين أن الدعوى غير المباشرة تقصر على معالجة موقف سلبى للمدين من شأنه أن يضر بدائنيه ، تعالج الدعوى البوليصية موقفا إيجابيا . ذلك أن المدين قد لايقتصر على مجرد عدم استعمال حقوقه ، بل قد يتعدى ذلك إلى القيام بتصرفات ضارة بدائنيه . وإذا كان الأصل أن للمدين حرية التصرف وأن تصرفاته نافذة فى حق دائنيه ، فإن هذه القاعدة لا تقبل على إطلاقها إذا ما كانت أحواله المالية مضطربة . فقد يقدم المدين ببيع بعض أمواله ، يريد بذلك إبعادها عن منال دائنيه ، ويخفى ما يحصل عليه من ثمن . وقد يحابى الغير على حساب دائنيه فيبيع بثمن بخس أو يهب . وقد كفل القانون حماية الدائنين من مثل هذه التصرفات ، وذلك عن طريق تخويلهم الحق فى الطعن فيها وطلب الحكم بعدم نفاذها .

وقد اصطلح على تسمية دعوى الدائن بعدم نفاذ تصرف مدينــه بالدعوىالبوليصية . فالغرض من الدعوى البوليصية هو المحافظة. على الضمان العام من تصرفات المدين الضــارة بدائنيــه . والأداة التى اصطنعت لتحقيق هذا الهدف هو تقرير عدم نفــاذ التصــرف الضار فى حق الدائنين [١].

٣٣٦ـ طبيعة الدعوى البوليصية :

استقر الفقه فى كل مــن فرنســا ومصــر علــى أن الــدعوى البوليصية تعتبر وسيلة قانونية يلجأ إليها الدائن إذا توافرت شروطها ليحصل على الحكم بعدم تصرف مدينه .

فهذه الدعوى ليست دعوى بطلان ، كما أنهــا ليســت دعــوى مسئولية ، وإنما هى دعوى مستقلة هدفها المحافظة على الضــمان العام للدائنين ووسيلتها فى تحقيق هذا الهدف هو عدم نفاذ التصرف فى حق الدائنين [٢].

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " إذا كان الثابت من مدونات الحكم المطعون فيه أن طلبات الطاعنين الختامية أمام محكمة أول درجة قد تحددت بصفة أصــلية واستقرت على التمسك بطلب إبطال حكم مرسى المــزاد الصــادر

---

(١) اسماعيل غانم ص ١٦٨ ومابعدها .

(٢) السنهورى جــ٢ ص ٩٢٦ – اسماعيل غانم ص ١٨٨- نبيل إبــراهيم سعد ص ١٢١ .

لصالح المطعون ضدها الأولى تأسيسا على المادة ٢٣٧ من القانون المدنى، وكان الطاعنون قد أضافوا إلى ذلك طلبا آخر هو الحكم لهم بصحة ونفاذ عقد مورثهم الابتدائى ، فإن إضافة مثل هـذا الطلـب ليس من شأنها أن تهدر الطلب الأصيل فى الدعوى وهو عدم نفـاذ حكم مرسى المزاد فى حقهم عملا بأحكام الدعوى البوليصـية ولا تأثير لها عليه ، وإذ كيفت المحكمة دعوى الطاعنين بأنها مفاضـلة بين حكم مرسى المزاد وعقد البيع الابتدائى لمجرد هـذه الإضـافة ولما بين الطلبين من تفاوت فى الأثر القانونى لكل منهما ، دون أن تعرض لبحث طلب عدم نفاذ حكم مرسى المزاد استقلالا ، تكـون قد خالفت القانون وأخطأت فى تطبيقه " .

(طعن رقم ٦٧١ لسنة ٤١ ق جلسة ١٩٧٦/٣/٣)

٢- " الدعوىالبوليصية ليست دعوى بطلان بل هى فى حقيقتها دعوى بعدم نفاذ التصرف الصادر من المدين المعسـر إضـرارا بدائنه ، وهى بذلك تتضمن إقرارا بجدية تصرف المدين فلا يسـوغ أن يطلب فيها إلغاء هذا التصرف ولا يمس الحكم الصـادر فيهـا صحته بل يظل هذا التصرف صحيحا قائما بين عاقديه منتجا كافـة آثاره ولا يترتب على الحكم فيها لصالح الدائن أن تعود ملكية العين المتصرف فيها إلى المدين وإنما ترجع فقط إلـى الضـمان العـام للدائنين ، أما دعوى الصورية فتقوم على طلب بطـلان التصـرف

لعدم جديته ويستهدف منها المدعى محو العقد الظاهر وإزالـــة كــل أثر له وصولا إلى التقرير بأن العين محل التصرف لم تخرج مــن ملك المدين".

(طعن رقم ٧٢٨ لسنة ٤٨ ق جلسة ١٩٨١/٥/٢٠)

٣- " الدعوى البوليصية - وعلى ما جرى بــه قضـــاء هــذه المحكمة- ليست فى حقيقتها إلا دعوى لعدم نفاذ التصرف الصــادر من المدين إضرارا بدائنه ولا يمس الحكم الصادر فيها صحة العقد الصادر من المدين بل يظل هذا العقد صحيحا وقائما بــين عاقديــه منتجا كافة آثاره القانونية بينهمـــا ، ولــيس مــن شــأن الــدعوى البوليصية المفاضلة بين العقود بل هى دعوى شخصية لا يطالــب فيها الدائن بحق عينى ولايؤول بمقتضاها الحق العينى إليه أو إلـــى مدينه بل إنها تدخل ضمن ما يكفل به القانون حقوق الدائنين ضمن وسائل الضمان ، دون أن يترتب على الحكم فيها لصالح الدائن أن تعود الملكية إلى المدين وإنما ترجع العين فقط إلى الضمان العــام للدائنين ".

(طعن رقم ٦١ لسنة ٤٩ ق جلسة ١٩٨٢/٥/١٣)

٤- " الدعوى البوليصية ليست فى حقيقتها - وعلى ما جــرى به قضاء هذه المحكمة- إلا دعوى بعدم نفاذ التصرف الصادر من المدين إضرارا بدائنه ، ولا يمس الحكم فيها صحة العقد الصــادر

من المدين بل يظل هذا العقد صحيحا وقائما بين عاقديه منتجا كافة آثاره القانونية بينهما ، وليس من شأن الدعوى البوليصية المفاضلة بين العقود ، بل هى دعوى شخصية لا يطالب فيها الدائن بحق عينى ، ولا يؤول بمقتضاها الحق العينى إليه أو إلى مدينه ، بل إنها تدخل ضمن ما تكفل به القانون حقوق الدائن ضمن وسائل الضمان ، دون أن يترتب على الحكم فيها لصالح الدائن أن تعود الملكية إلى المدين وإنما رجوع العين فقط إلى الضمان العام للدائن".

(طعن رقم ٧٣٤ لسنة ٤٩ ق جلسة ١٩٨٣/١١/٣٠)

٣٣٧ ـ مقارنة بين الدعوى غير المباشرة والدعوى البوليصية :

تشترك الدعويان فى الهدف النهائى وهو المحافظة على الضمان العام . لذلك كان إعسار المدين شرطا ضروريا فى الدعويين إذ لا تدعو الحاجة إلى المحافظة على الضمان العام إلا إذا لم يكن هذا الضمان كافيا ، بأن كانت التزامات المدين تزيد عن أمواله .

ولكن الدعوى البوليصية تتميز بما لها من خطورة . إذ هى تؤدى إلى تعطيل أثار تصرف جدى عقده المدين ، فى حين أن الدعوى غير المباشرة تقتصر على معالجة موقف سلبى .

كما أن الدعوى البوليصية تمس مصلحة شخص آخر غير

المدين وهو المتصرف إليه . لذلك كان من المنطقى أن تكون شروطها أكثر صعوبة من شروط الدعوى غير المباشرة . ففى حين أنه لايشترط فى الدعوى غير المباشرة أن يكون المدين ، إذا لم يستعمل حقه ، قد قصد الإضرار بدائنيه ، يشترط فى الدعوى البوليصية ، إذا كان التصرف المطعون فيه معاوضة ، أن يكون المدين قد ارتكب غشا وأن يكون المتصرف إليه على علم بهذا الغش. وفى حين أنه يكفى أن تكون الدائنيه محققة لكى يستطيع الدائن أن يستعمل حقوق مدينه ، فإنه يشترط أن يكون حق الدائن مستحق الأداء وسابقا على تصرف المدين حتى يجوز له الطعن فيه طالبا عدم نفاذه فى حقه [١].

شروط الدعوى التى ترجع إلى الدائن

٣٣٨ ـ مالا يشترط فى حق الدائن :

يستطيع أى دائن أن يرفع الدعوى البوليصية أيا كان مصدر دينه ، أى سواء نشأ حقه من تصرف قانونى كعقد أو من واقعة مادية كفعل غير مشروع أو نافع .

---

(١) اسماعيل غانم ص١٦٩ ومابعدها – نبيل إبراهيم سعد ص ١٢١ ومابعدها .

وللدائن أن يستعمل الدعوى البوليصية أيا كانت الصورة التــي اتخذها محل حقه ، أى سواء كان المحل مبلغا من النقود أو عمــلا أو امتناعا عن عمل أو عينا معينة .

ولا فرق فى استعمال الدعوى البوليصية بين دائن عادى ودائن صاحب ضمان .

وقد قضت محكمة النقض بـأن :

"استيفاء الحوالة لشروط نفاذها فى حق المدين أو فى حق الغير بقبولها من المدين أو إعلانه بها طبقا للمــادة ٣٠٥ مــن القــانون المدنى لايمنع من الطعن عليها بالدعوى البوليصــية المنصــوص عليها فى المادتين ٢٣٧و ٢٣٨ من القانون المدنى متــى تــوافرت شروطها وذلك لاختلاف موضوع ونطاق كل من الدعويين ".

(طعن رقم ١٣٧ لسنة ٤١ ق جلسة ١٩٧٥/١٢/٨)

٣٣٩ـ ما يشترط فى حـق الدائن :

تنص المادة (٢٣٧) فى صدرها على أن : " لكل دائن أصــبح **حقه مستحق الأداء ... الخ** " – ومن ثم فإنه يجب فى حق الــدائن أن يكون مستحق الأداء ، أى قابلا للتنفيذ به ولا ينقصه إلا حصوله على السند التنفيذى .

وبناء على ذلك لايجوز للدائن رفع الدعوى البوليصية إذا كــان حقه متنازعا فيه أو معلقا على شرط واقف أو على أجل واقــف ، لأنه فى هذه الحالات لا يكون حقه مستحق الأداء .

ولكن يجوز رفع الدعوى من أى دائن له حق مستحق الأداء ، ولو كان هذا الحق مقترنا بشرط فاسخ أو بأجل فاسخ . ذلك لأن الشرط الفاسخ والأجل الفاسخ لا يمنعان أن الحق مستحق الأداء[١].

ويلاحظ أن اشتراط كون الدين مستحق الأداء ، ومنع الدائن بدين مؤجل من استعمال الدعوى البوليصية قد يبدو متناقضا مع اشتراط إعسار المدين ، نظرا لما هو معروف من أن الإعسار يترتب عليه سقوط الأجل فيصبح الحق مستحق الأداء .

وتفسير ذلك أن القانون المدنى يقرر أن الأجل لايسقط لمجرد الإعسار الفعلى . فقد نظم المشرع الإعسار المدنى ، واشترط لسقوط الأجل أن يصدر حكم بشهر الإعسار (م٢٧٣) . وإصدار حكم بشهر الإعسار هو أمر جوازى للمحكمة (م٢٤٩) ، كما أن للمحكمة رغم الحكم بشهر الإعسار أن تقضى بإبقاء الأجل أو بمده (م٢/٢٥٥) . وينتج من ذلك أنه قد يتوافر شرط الإعسار الفعلى وهو شرط لازم لرفع الدعوى البوليصية ولايسقط أجل دين الدائن، بل يظل حقه غير مستحق الأداء ، فلا يستطيع رفع الدعوى البوليصية [٢].

---

(١) سليمان مرقس ص ٢٢٣- عبد المنعم البدراوى ص ١٥١ .

(٢) عبد المنعم البدراوى ص ١٥١ ومابعدها .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" ويشترط فيمن يباشر الدعوى البوليصية أن يكون دينه مستحق الأداء ، لأن هذه الدعوى ليست مجرد إجراء تحفظى وهى ليست كذلك إجراء تنفيذيا ، وإنما هى من مقومات التنفيذ وممهداته ، وقد يقع أن يليها التنفيذ مباشرة ، ولهذا ينبغى أن يكون الدين الذى تباشر بمقتضاه مستحق الأداء" [١].

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " حق الدائن فى طلب إبطال تصرفات مدينه الضارة به يثبت له متى أصبح دينه محقق الوجود ، وإذن فمتى كان الحكم المطعون فيه إذ قضى للمطعون عليه الثانى بإبطال كتاب الوقف قد أقام قضاءه على أنه وقد قضى بتثبيت ملكية المطعون عليه سالف الذكر إلى نصيبه المطالب بريعه فى الأطيان المتروكة عن مورثه والتى وقفتها زوجة هذا الأخير إضرارا بدائنيها فيكون دينه بمتجمد هذا الريع قد أصبح ثابتا فى ذمة الواقفة من تاريخ وفاة مورثه ، ومن ثم يكون محقق الوجود قبل إنشاء الوقف المطلوب الحكم بإبطاله ، فإن هذا الذى قرره الحكم لاخطأ فيه " .

(طعن رقم ١٨٠ لسنة ١٨ ق جلسة ١٩٥١/٤/١٩)

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٢ ص ٦٣٢ .

٢- " المقرر وفقا لما تقضى به المواد ٢٣٧ ، ٢٣٨ ، ٢٣٩ من القانون المدنى وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة أنه يشترط فى حق الدائن الذى يستعمل دعوى عدم نفاذ التصرف أن يكون دينه حال الأداء وسابقا فى نشوئه على صدور التصرف المطعون فيه والعبرة فى ذلك بتاريخ نشوء حق الدائن لا بتاريخ استحقاقه ولا بتاريخ تعيين مقداره والفصل فيما يثور بشأنه من نزاع ، وأن يثبت للدائن التواطؤ بين المدين وبين المتصرف إليه على الإضرار بحقوقه ويكفى لاعتبار الغش متوافرا أن يثبت علم كل من المدين والمتصرف إليه بإعسار المدين وقت صدور التصرف المطعون فيه ، وإذا ادعى الدائن إعسار المدين فليس عليه إلا أن يثبت مقدار ما فى ذمة مدينه من ديون وحينئذ يكون على المدين نفسه أن يثبت أن له مالا يساوى قيمة الديون أو يزيد عليها ويكون ذلك أيضا للمتصرف إليهم لا دفعا منهم بالتجريد بل إثباتا لتخلف شروط الدعوى المذكورة " .

(طعن رقم ٢١٣٦ لسنة ٥٠ ق جلسة ١٩٨٤/٥/٨)

٢٤٠ـ الشروط التى تتعلق بالتصرف المطعون فيه :

يتضح من المادة (٢٣٧) أنه يشترط فى التصرف المطعون فيه توافر الشروط الآتية :

الشرط الأول :

وجود تصرف :

يجب أن يرد الطعن بالدعوى البوليصية علـى تصـرف ، أى على عمل قانونى ، سواء كان هذا التصرف عقدا كالبيع والهبـة أو عملا قانونيا يتم بإرادة واحدة كالإقرار والإبراء والوصـية الـخ ، وسواء أكان معاوضة أو تبرعا .

ولايتصور الطعن بالدعوى البوليصية فـى غيـر التصـرفات القانونية كالفعل الضار والإثراء بلا سبب ولو توافرت فيها الشروط الأخرى اللازمة للطعن فى التصرفات القانونية .

وعدم النفاذ يسرى على التصرفات فقط دون الأحكام .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

(أ) - " متى كانت حجية الأحكام ليست قاصرة على أطرافهـا الذين كانوا ممثلين بأشخاصهم فيها بل تمتد أيضا إلى من كان ماثلا فى الدعوى بمن ينوب عنه كدائنى الخصم العـاديين ، فـإن حكـم النفقة الصادر على المطعون ضده الأول لصالح زوجته - يسـرى فى حق الطاعن (الدائن) اعتباره فى حكم الخلف العام بالنسبة لمدينه المطعون ضده - المذكور- وقد أتاح القانون للطاعن سبيل الـتظلم

من هذا الحكم بطريق التماس إعادة النظر بشرط إثبات غش مدينه المذكور أو تواطئه ، وذلك إعمالا للفقرة الثانية من المادة ٢٤١ من قانون المرافعات " .

(ب)- " عدم النفاذ المنصوص عليه في المادة ٢٣٧ من القانون المدنى ، يرد على التصرفات وليس على الأحكام " .

(طعن رقم ١٦ لسنة ٤٤ ق جلسة ١٩٧٧/٤/١٣)

الشرط الثانى :

أن يكون التصرف مفقرا للمدين :

ويتحقق ذلك فى حالتين :

(الأولى) إذا أنقص التصرف من حقوق المدين ، كأن يهب المدين عينا مملوكة له ، أو أن يبيعها ، أو أن يكون دائنا لآخر فيبرئه من دينه .

ففى المثلين الأولين نقص حق عينى ، وفى المثل الأخير نقص حق شخصى .

(والثانية) إذا زاد فى التزامات المدين ، كأنه يشترى عينا فيلتزم بدفع ثمنها ، أو يقترض فيلتزم برد ما اقترض ، أو أن يتعهد بالإنفاق على شخص لا تلزمه نفقته[1] .

---

(١) وتحديد معنى التصرف المفقر على هذا الوجه من الأحكام التى استحدثها التقنين الحالى . ففى القانون الفرنسى وفى ظل التقنين السابق فى مصر

غير أن التصرفات التى ينزل بها المدين عن فرصته للاغتناء، سواء أكان الاغتناء عن طريق زيادة حقوقه أم عن طريق نقص التزاماته ، كما إذا عرضت على المدين هبته فرفضها ، لا تعتبر تصرفات مفقرة يجوز الطعن فيها بالدعوى البوليصية ، لأن الغرض من الدعوى البوليصية تمكين الدائن من المحافظة على الضمان العام وإعادة الضمان العام للدائنين إلى الوضع الذى كان قد بلغه قبل التصرف الذى يراد الطعن فيه .

وهذا يقتضى أن يكون ذلك التصرف قد أخرج من ذمة المدين المالية مالا سبق أن وجد فيها أو حملها بدين جديد لم يكن قد لزمها من قبل، ولا شئ من ذلك كله فى حالة النزول عن فرصة للاغتناء .

لم يكن للدائن أن يطعن فى التصرفات التى تزيد من التزامات المدين . فكان التصرف المفقر فى عرف الدعوى البوليصية ، وتمشيا مع تقاليد القانون الرومانى ، قاصرا على الإنقاص من الحقوق . وقد كانت هذه التفرقة محلا للنقد ، ففى الحالتين ، سواء أدى التصرف إلى إنقاص حقوق المدين أو زيادة التزاماته ، قد صدر من المدين عمل إيجابى أدى إلى أن تسوء حالته وبالتالى إلى المساس بالضمان العام المقرر للدائنين ، إذ سيشترك الدائن الجديد فى قسمة الغرماء فتنقص نسبة ما يحصل عليه كل دائن من الدائنين الآخرين . ولذلك فقد أحسن المشرع فى التقنين المدنى الحالى إذ جعل الافتقار شاملا للصورتين (اسماعيل غانم ص ١٧١) .

وكذلك الحال فى رفض إنقاص الالتزامات[١] .

الشرط الثالث :

إعسار المدين أو الزيادة فى إعساره :

يشترط أن يكون التصرف المطعون فيه قد تسبب فـــى إعســـار المدين أو زاد فى إعساره .

ذلك أنه لا سبيل لتضرر الدائن إذا كان التصرف لايؤدى إلـــى إعسار المدين أو لا يترتب عليه زيادة فى إعساره إذا كان معســـرا من قبل . ولو طرأ على المدين بعد ذلك ما يجعله معسرا .

ويلاحظ أن تصرف المدين قد يتسبب فـــى إعســـاره أو زيـــادة إعساره رغم كونه معاوضة كبيع أو شراء أو مقايضة . ففى البيـــع مثلا قد يكون الثمن بخسا أو يكون المدين قد قبضه وبدده أو أخفـــاه عن دائنيه . وفى الشراء قد يكون الثمن الذى أداه المدين أو التـــزم به أعلى من قيمة الشئ . وفى المقايضة قد تكون قيمة الشئ الـــذى قدمه المدين أكبر من قيمة الشئ الذى اكتسبه [٢].

ويقصد بالإعسار فى خصوص الدعوى البوليصية- كالشأن فى الدعوى غير المباشرة – الإعسار الفعلى لا الإعسار القـــانونى، أى

---

(١) سليمان مرقس ص ٢٢٥ ومابعدها .

(٢) عبد المنعم البدراوى ص ١٥٣ – سليمان مرقس ص ٢٢٥- اســـماعيل غانم ص ١٧٣ ومابعدها .

أنه يكفى أن تزيد ديون المدين علـى حقوقـه المسـتحقة أو غيـر المستحقة ، دون حاجة إلى استصدار حكم بشهر الإعسار .

وقد قضت محكمة النقض بـأن :

" مفاد نص المادتين ٤١٧، ٢٣٧ من التقنين المدنى أن المشرع قد فرق بين الإعسار القانونى الذى استلزم توافره لشـهر إعسـار المدين واشترط لقيامه أن تكون أمواله غير كافيـة لوفـاء ديونـه المستحقة الأداء ، وبين الإعسار الفعلى الذى استلزم تـوافره فـى دعوى عدم نفاذ التصرف واشترط لقيامـه أن يـؤدى التصـرف الصادر من المدين إلى أن تصبح أمواله غير كافية للوفاء بجميـع ديونه سواء ما كان منها مستحق الأداء أو مضـافا إلـى أجـل ، ومؤدى ذلك أن الإعسار الفعلى أوسع نطاقا من الإعسار القـانونى فقد يتوافر الأول دون الثانى ".

(طعن رقم ٤٩٢ لسنة ٤٦ ق جلسة ١٩٧٨/٥/٨)

ويشترط أن تظل حالة الإعسار قائمة حتى وقت رفع الدعوى، ومعنى ذلك أن المدين إذا أصبح موسرا ، كما لو تلقـى ميراثـا أو وصية أو عقد صفقة رابحة ، لم يكن للدائن حق فى الطعـن فـى التصرف ، ذلك أنه لم تعد له مصلحة فى الطعن ، ولا دعوى بـلا مصلحة كما هو معـروف ويستطيع الدائن عندئذ أن يقتضى حقـه

من التنفيذ على أى مال آخر من أموال المدين غير المــال الــذى تصرف فيه .

وقد يكون من المناسب أن تلاحظ هنا أن شرط تسبب التصرف فى إعسار المدين أو زيادة إعساره فيه غناء عــن اشــتراط كــون التصرف مفقرا . ذلك أنه لا يتصور أن يترتــب علــى التصــرف إعسار المدين أو زيادة إعساره إلا إذا كان التصرف قد أنقص مــن حقوق المدين أو زاد فى التزاماته . وإنما كــان لاشــتراط كــون التصرف مفقرا استقلاله فى ظل التقنين المدنى السابق حــين كــان معنى الافتقار قاصرا على التصرفات التى تنتقص من الحقوق دون تلك التى تزيد من الالتزامات .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" يشترط لمباشرة الدعوى البوليصية أن يكون المدين قد عقــد "تصرفا قانونيا" إضرارا بحقوق دائنيه . ويتحقق معنى الإضــرار ، متى استتبع التصرف إعسار المدين أو الزيادة فى إعساره ، ويكون ذلك إما بإنقاص ما لهذا المدين من حقوق ، وهو ما يقصد بالإفقــار وفقا للتصوير التقليدى ، وإما بزيادة التزاماته ، وهو ما اســتحدث المشروع فى هذا الشان ، وتوجيهه جد يسير . وعلى هــذا النحــو لايقتصر حق الدائن على الطعن فيما يصدر عن المدين من أعمــال

التصرف (كالبيع والهبة) بل يجاوز ذلك إلى ما يعقد من التزامات تزيد في ديونه ، دون أن تنقص من حقوقه . والواقع أن أثر هذه الالتزامات ، من حيث الإضرار بحقوق الدائنين ، لايختلف في شئ عن أثر إعمال التصرف "[1].

الشرط الرابع :

أن يكون تصرف المدين ضارا بالدائن :

اشترطت المادة (٢٣٧) أن يكون التصرف الذى يجوز الطعن فيه ضارا بالدائن، وأفصحت عن ماهيته الضرر المشار إليه إذ وصفت التصرف المذكور بأنه يجب أن يكون قد ترتب عليه إعسار المدين أو الزيادة في إعساره .

غير أنه إذا كان الظاهر أن التصرف الذى يسبب إعسار المدين يضر بدائنيه ، فإن الحقيقة أنه ليس كل تصرف يسبب إعسار المدين يكون ضارا بالدائنين فقد يتصرف المدين تصرفا يخرج من ملكه أحد أمواله فيسبب إعساره ولكنه لايضر دائنيه إذا كان ذلك المال مما لايجوز الحجز أو التنفيذ عليه . كما أن التصرف الذى يعتبر ضارا ببعض الدائنين قد لا يعتبر ضارا بغيرهم ، ولو أنهم جميعا يتأثرون به ، ذلك أن الدائنين السابقة حقوقهم على التصرف

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٢ ص ٦٣١ .

الذى يسبب إعسار المدين هم وحدهم الذين لهم أن يتضرروا من ذلك التصرف . أما الذين نشأت حقوقهم بعد التصرف المذكور وبعد أن ساءت حال المدين المالية فليس لهم أن يتضرروا من ذلك التصرف لأنه لم يزد مركزهم سوءا عما كان عليه يوم نشوء حقهم.

الشرط الخامس :

أن يكون حق الدائن سابقا على تصرف المدين المطعون فيه :

يجب فيمن يباشر الدعوى أن يكون حقه سابقا على تصرف المدين المطعون فيه . وهذا شرط يقتضيه الوضع فى هذه الدعوى، حتى يمكن أن يقال إن هناك ضررا أصاب الدائن أو غشا وقع من المدين ، باعتبار أن الدائن قد عول على وجود الحق الذى تصرف فيه المدين فى الضمان .

فإذا كان حق الدائن لاحقا على التصرف الذى عقده المدين فلا يجوز للدائن أن يباشر هذه الدعوى ، إذ لا يتصور أن يكون قد عول على حق لم يكن فى ذمة المدين أو يكون المدين قد قصد الإضرار به .

وإذا كان الأصل هو وجوب أن يكون حق هذا الدائن سابقا فى الوجود على تاريخ التصرف المطعون فيه ، فإن العبرة فى ذلك هى بتاريخ نشوء حق الدائن لا تاريخ استحقاقه ، فيكفى أن يكون الحق موجودا قبل التصرف لكى يستطيع الدائن أن يطعن فيه بالدعوى

البوليصية عند استحقاق أدائه وعلى ذلك فإذا كان حق الدائن قد نشأ قبل تصرف المدين ولكنه كان مقترنا بأجل واقف جاز للدائن أن يطعن فى التصرف بالدعوى البوليصية بمجرد حلول الأجل ، ولو لم يحل الأجل إلا فى تاريخ لاحق لتاريخ انعقاد التصرف ، وكذلك الحال بالنسبة للالتزام المعلق على شرط واقف .

على أن تخلف شرط الأسبقية لا يقتضى حتما عدم وجود ضرر للدائن أو غش من المدين، **فقد يتوفر الضرر والغش رغم عدم توافر هذه الأسبقية** ، وفى هذه الحالة يجوز للدائن أن يطعن فى التصرف السابق على دينه . ويتحقق ذلك إذا كان المدين قد عقد هذا التصرف بقصد الإضرار بحق هذا الدائن المستقبل ، مثال ذلك أن يبيع المدين أو يهب بعض ماله فى وقت يسعى فيه لعقد قرض ويتم القرض بعد إتمام البيع أو الهبة ، حينئذ يجوز للدائن رفع الدعوى البوليصية رغم أن تصرف المدين سابق على نشوء حق الدائن وذلك إذا كان المقصود من التصرف هو إبعاد الشئ المبيع أو الموهوب عن متناول يد الدائن عند نشوء حقه وذلك إذا توافرت الشروط الأخرى (١).

أما بالنسبة لتصرف المدين ، فإن العبرة بتاريخ انعقاده لا بتاريخ شهره إذا كان من التصرفات الواجبة الشهر . وعلى ذلك

---

(١) عبد المنعم الصده ص ٦٨ – نبيل إبراهيم سعد ص ١٢٦ ومابعدها .

إذا كان المدين قد تصرف ببيع عقار له ، فإن الدعوى البوليصية لا تقبل إلا إذا كان حق الدائن سابقا على انعقاد البيع لا تسجيله . ولذلك فإن الدعوى البوليصية لا تقبل إذا كان انعقاد البيع ذاته سابقا على حق الدائن .

قد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" ومع ذلك فيجوز أن تباشر الدعوى البولصية بمقتضى دين لاحق للتصرف ، متى كان هذا التصرف قد عقد ، على وجه التخصيص والإفراد ، للإضرار بالدائن والعبث بحقوقه "[1].

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " متى كان الحكم المطعون فيه إذ قضى ببطلان البيع الصادر من المفلس إلى الطاعن أقام قضاءه على أن مديونية المفلس نشأت قبل التصرف فى العقار موضوع النزاع ، وأن المفلس اصطنع دفاتر خصيصا للتفليسة ، وأن محكمة الجنح أدانت الطاعن بالاشتراك مع المفلس فى الإفلاس بالتدليس بزيادة ديونه وتحرير سندات صورية وأن المفلس أصبح معسرا بتصرفه ببيع العقار للطاعن ، وأن مجموعة الدائنين لحقها الضرر من جراء هذا التصرف وأن ذمة المفلس كانت مشغولة بديون مستحقة عليه قبل

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٢ ص ٦٣٢ .

التصرف ولم يسددها ، وأن المشترى كان على علم باعسار البـــائع ولم يسجل العقد إلا بعد مضى ثمانية عشر شهرا من تاريخ توقيعـــه أى بعد ما أوهم المفلس دائنيه بتواطئه مع الطاعن بأنه يملك عقارا لم يتصرف فيه فتعاقدوا معه مقتنعين بملكيته ، فإن هذا الحكم يكون قد تناول أركان الدعوى البوليصية من حيث التواطــؤ والاعســـار والضرر وطبق المادة ٢٣٨ من قانون التجــارة المخــتلط تطبيقــا صحيحا لا قصور فيه ".

(طعن رقم ٧٣ لسنة ٢١ ق جلسة ١٩٥٣/١٠/١٥)

٢- " دين الضريبة ينشأ بمجرد توافر الواقعة المنشئة له طبقــا للقانون ، وهذه الواقعة تولد مع ميلاد الإيراد الخاضع للضـــريبة ، أما الورد فهو أداة تنفيذية لتحصيل الضـــريبة ولايعتبـــر مصـــدرا للالتزام بالضريبة أو شرطا لتكونه ، يؤيد هذا النظر أنه يبين مـــن نصوص بعض مواد القانون رقم ١٤ لسنة ١٩٣٩ أن دين الضريبة ينشأ ويصبح واجب الأداء قبل أن يصدر به الـــورد ، فقـــد ألـــزم المشرع الممولين فى المادتين ٤٤، ٤٨ من هذا القانون بعد تعديلهما بالقانون رقم ١٤٦ لسنة ١٩٥٠ بالوفاء بالضـــريبة علـــى أســـاس الإقرار المقدم منهم ، وتقرر المـــادة ٤٥ ومابعـــدها أن الضـــريبة تصبح واجبة الأداء طبقا لما يستقر عليه رأى المصلحة إذا أصرت على تصحيح الإقرار المقدم من الممول ، وأجازت المادة ٩٢ بعـــد

تعديلها بالقانون رقم ٢٧٥ لسنة ١٩٥٩ للمصلحة توقيع حجز تنفيذى بقيمة ما هو مستحق من الضرائب على أساس الإقرار إذا لم يتم أداؤها فى الموعد القانونى دون حاجة إلى إصدار الورد ، وتقضى المادة ٩٣ مكررا (أ) بإلزام الممول بفائدة قدرها ستة فى المائة عن الضريبة التى لم يؤدها فى ميعاد تقديم الإقرار اعتبارا من اليوم التالى لتاريخ انتهاء المواعيد المحددة لأدائها حتى تاريخ الأداء . ولا محل للتحدى بما تنص عليه المادة ٩٢ من ذات القانون ، ذلك أن هذه المادة صريحة فى أنها تعلق تحصيل الضريبة لا نشوءها على صدور الأوراد الواجبة التنفيذ . ولا يغير من ذلك ما نصت عليه المادة ٩٧ مكررا من القانون رقم ١٤ لسنة ١٩٣٩ المضافة بالمرسوم بقانون رقم ٣٤٩ لسنة ١٩٥٢ ، ولا ما أورده القانون رقم ٦٤٦ لسنة ١٩٥٣ بشأن تقادم الضرائب والرسوم فى مادته الثانية ، لأن هذين القانونين لم يستهدفا الإنابة عن الواقعة المنشئة لدين الضريبة ، وإنما شرطا اتخاذ إجراءات معينة تيسيرا على الممولين فى استرداد ما دفعوه بغير حق ، وهو ما أفصحت عنه المذكرة الإيضاحية للمرسوم بقانون رقم ٣٤٩ لسنة ١٩٥٢، وكذلك ما أوضحته المذكرة الإيضاحية للقانون رقم ٦٤٦ لسنة ١٩٥٣ تعليقا على المادة الثانية وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر ، وجرى فى قضائه على أن دين الضريبة لا ينشأ فى ذمة الممول إلا

بعد صدور الورد ، وأن دين ضريبة الأرباح التجارية موضوع التنفيذ المستحق عن سنتى ١٩٥٦، ١٩٥٧ ، تال فى الوجود لتاريخ التصرف الصادر منه - ببيع العقار المحجوز عليه إداريا - إلى المطعون عليهن والمسجل فى ٣ سبتمبر ١٩٥٩ تأسيسا على أن الورد لم يكن قد وجه إليه حتى ذلك التاريخ ، ورتب الحكم على ذلك عدم توافر شروط الدعوى البوليصية بالنسبة لهذا التصرف ، وإلغاء الحجز الموقع على العقار المبيع ، فإنه يكون قد خالف القانون ".

(طعن رقم ٢٣٨ لسنة ٣٦ ق جلسة ١٩٧٤/١/١٦)

٣٤١- إثبات أسبقية حق الدائن على التصرف المطعون فيه :

إذا كان حق الدائن ناشئا عن واقعة قانونية ليست تصرفا ، فيجوز إثباته وإثبات تاريخ نشوئه بكافة الطرق . ومتى ثبت هذا التاريخ أمكن المقارنة بينه وبين التاريخ الثابت للتصرف المطعون فيه والقول بأسبقية حق الدائن على التصرف المذكور أو عدمها .

فإذا كان مصدر حق الدائن تصرفا قانونيا فإنه يثبت طبقا للقواعد العامة . إلا أنه لا يشترط أن يكون ثابت التاريخ على غير مقتضى المادة ١٤ من قانون الإثبات [١].

---

(١) سليمان مرقس ص ٢٣٤ - عبد المنعم الصده ص ٦٨ .

أما التصرف المطعون فيه ، فلا يشترط أن يكون له تاريخ ثابت خاصة وأن الدائن لا يعتبر من الغير بالنسبة إلى هذا التاريخ [١].

٣٤٢ـ رفع الدعوى البوليصية :

ترفع الدعوى البوليصية بالإجراءات المعتادة لرفع الدعوى أى بصحيفة تودع قلم كتاب المحكمة (م٦٣ من قانون المرافعات) إلا أنه لما كانت الدعوى البوليصية يقصد بها عدم نفاذ التصرف الصادر من المدين فى حق دائنه ، فإنه يجوز إثارتها كدفع للدعوى التى يرفعها المتصرف إليه بطلب نفاذ هذا التصرف .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

إنه لما كانت الدعوى البوليصية يقصد بها عدم نفاذ التصرف الصادر من المدين فى حق دائنه كان من الجائز إثارتها كدفع للدعوى التى يرفعها المتصرف إليه بطلب نفاذ هذا التصرف ، ولا يلزم أن ترفع فى صورة دعوى مستقلة . ولا يغير من هذا شيئا أن يكون التصرف مسجلا فإن تسجيله لايحول دون أن يدفع الدائن فى مواجهة المتصرف إليه الذى يطلب تثبيت ملكيته استنادا إلى عقده المسجل بالدعوى البوليصية ، إذ ليس من شأن تسجيل التصرف أن يغير من طريقة إعمال هذه الدعوى ولا الآثار المترتبة عليها ".

(طعن رقم ١١٤ لسنة ١٨ ق جلسة ١٩٥٠/٣/٣٠)

---

(٢) سليمان مرقص ص ٢٣٥ – نبيل إبراهيم سعد ص ١٢٨ .

٣٤٣ـ التمسك بالصورية يسبق التمسك بالدعوى البوليصية :

الدفع بالصورية المطلقة ، يتجه إلى أن التصرف لا وجود له في الواقع أصلا ، أما الدعوى البوليصية فتعني أن التصرف جدي وأنه لايسري في حق الدائن .

ومن ثم فإنه لايجوز إبداء الدفع بعدم نفاذ التصرف في حق الدائن ثم يعود الدائن إلى الدفع بصوريته لأنه بتمسكه بالدفع الأول يكون قد أقر باعتبار التصرف حقيقيا مما يحول دونه والعودة إلى الدفع بصوريته .

أما إذا تمسك أولا بالصورية ، وأخفق في إثباتها ، كان له بعد ذلك التمسك بعدم نفاذ التصرف ، باعتباره تصرفا حقيقيا إلا أنه غير نافذ في حقه .

وللدائن أن يجمع بين الدفعين ولو في صحيفة واحدة أو بمذكرة واحدة وذلك على سبيل الخيرة بينهما ، وفي هذه الحالة يجب أن يتمسك أولاً بالصورية ثم ينتقل بعد ذلك ، في حالة عدم ثبوت الصورية إلى التمسك بعدم النفاذ ، كما يجوز له التمسك أولاً بالصورية وحدها ثم يبدي بعد ذلك الدفع بعدم النفاذ في أية حالة تكون عليها الدعوى ولو لأول مرة أمام محكمة الاستئناف [1].

---

(١) المستشار أنور طلبه ص ٤٢٧ .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- " إذا تمسك الدائن أصليا بصورية عقد البيع الحاصل من مدينه واحتياطيا بأن هذا البيع حصل إضرارا به ، وبحثت المحكمة فى صورية العقد فتبين لها أنه جدى ، فلا يجوز لها بعد ذلك أن تبطله على أساس أنه صورى تدليسى ".

(طعن رقم ١٤ لسنة ٦ ق جلسة ١٩٣٦/١١/١٩)

٢- دعوى الصورية ودعوى عدم نفاذ تصرف المدين هما دعويان مختلفان ، فيجوز للدائن إثبات أن العقد الذى صدر من المدين صورى بغية استبقاء المال الذى تصرف فيه فى ملكه ، فإن أخفق جاز له الطعن فى العقد الحقيقى بدعوى عدم نفاذ التصرف فى حقه ، بغية إعادة المال إلى ملك المدين ، كما أنه يجوز للدائن كذلك فى الدعوى الواحدة أن يطعن فى تصرف مدينه بالدعويين معا على سبيل الخيرة ، فيحاول إثبات الصورية أولا فإن لم ينجح انتقل إلى الدعوى الأخرى " .

(طعن رقم ٢٥٤ لسنة ٣٦ ق جلسة ١٩٧١/٢/٢٥)

٣- " إنه وإن كان الطعن بالدعوى البوليصية يتضمن الإقرار بجدية التصرف والطعن بالصورية يتضمن إنكار التصرف ، مما يقتضى البدء بالطعن بالصورية إلا أنه ليس ثمة ما يمنع من إبداء الطعنين معا إذا كان الدائن يهدف بهما إلى عدم نفاذ تصرف المدين فى حقه .

لما كان ذلك وكان الثابت من مذكرة المطعون ضـــدها الأولـــى أمام محكمة الدرجة الأولى أنها تمسكت بالدعويين معا ، إذ طلبـــت الحكم بعدم نفاذ عقد البيع الصادر إلى الطاعنة من مـــورث بـــاقى المطعون ضدهم تأسيسا على أنها دائنة له وأن العقد صورى محض وقصد به تهريب أمواله وعلى فرض أنه جدى فإنـــه إنمـــا عقـــد للإضرار بحقوقها كدائنة وتنطبق عليه شروط المادتين ٢٣٧، ٢٣٨ من القانون المدنى ولما استأنفت تمسكت بدفاعها المتقـــدم ذكـــره ، وبالتالى فإن طلب الصورية كان معروضا على محكمـــة الدرجـــة الأولى وإغفالها الفصل فيه لايجعله طلبـــا جديـــدا أمـــام محكمـــة الاستئناف " .

(طعن رقم ٢٧٥ لسنة ٣٩ ق جلسة ١٩٧٤/٤/٢٩)

٤- "العلة فى وجوب أن يطعن الدائن بـــدعوى الصـــورية أولا حتى إذا أخفق فيها كان له أن يطعن بدعوى عدم نفاذ التصرف بما لايتفق مع الدفع بالصورية بعد ذلك بحيث يجوز للدائن فى الدعوى الواحدة أن يطعن فى تصرف مدينه بالصورية وبدعوى عدم نفـــاذ التصرف معا على سبيل الخيرة فيحاول إثبات الصورية أولا ، ثـــم ينتقل إن هو أخفق فيها إلى عدم النفاذ " .

(طعن رقم ٥ لسنة ٤٣ ق جلسة ١٩٧٧/٥/٤)

٥- " المقرر – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة- أنه لايقبل من الدائن الادعاء بصورية تصرف مدينه صورية مطلقة بعد أن يكون قد طعن عليه بعدم نفاذه فى حقه لحصوله بطريق الغش والتواطؤ ، لأن مثل هذا الطعن فيه معنى الإقرار بجدية التصرف ومن قيام الرغبة فى إحداث آثار قانونية له بما لا يتفق مع الادعاء بصوريته صورية مطلقة التى إنما تعنى عدم قيامه أصلا فى نية المتعاقدين فيه ".

(طعنان رقما ٢٤٨٠، ٢٤٨١ لسنة ٥٢ق جلسة ١٩٨٦/٣/٦)

٣٤٤ـ التنازل عن الدعوى البوليصية :

للدائن التنازل عن الدعوى البوليصية ، ويكون التنازل صراحة أو ضمنا ، إنما يجب أن تكون نيته فى التنازل واضحة .

إلا أنه لا يعتبر تنازلا مجرد توقيع الدائن حجزا على الثمن المستحق فى ذمة المشترى للبائع .

مــادة (٢٣٨)

١- إذا كان تصرف المدين بعوض ، اشترط لعدم نفــاذه فــى حق الدائن أن يكون منطويا على غش من المدين ، وأن يكون من صدر له التصرف على علم بهذا الغش ، ويكفى لاعتبار التصــرف منطويا على الغش أن يكون قد صدر من المدين وهو عــالم أنــه معسر ، كما يعتبر من صدر له التصرف عالما بغــش المــدين إذا كان قد علم أن هذا المدين معسر .

٢- أما إذا كان التصرف تبرعا ، فإنه لا ينفذ فى حق الدائن ، ولو كان من صدر له التبرع حسن النية ، ولو ثبت أن المدين لــم يرتكب غشا .

٣- وإذا كان الخلف الذى انتقل إليه الشئ مــن المــدين قــد تصرف فيه بعوض إلى خلف آخر ، فلا يصح للــدائن أن يتمســك بعدم نفاذ التصرف إلا إذا كان الخلف الثانى يعلم غــش المــدين ، وعلم الخلف الأول بهذا الغش، إن كان المدين قد تصرف بعوض ، أو كان هذا الخلف الثانى يعلم إعسار المدين وقت تصرفه للخلــف الأول ، إن كان المدين قد تصرف له تبرعا .

الشــرح

٣٤٥- ما يشترط فى التصرف بعوض :

إذا كان تصرف المدين الذى يطلب الدائن عدم نفاذه فى حقــه ، بعوض كالبيع والمقايضة مثلا ، فإنه يشترط لعدم نفاذه فــى حــق الدائن ، ما يأتى :

١- أن يكون التصرف منطويا على غش من جانب المــدين ، والمقصود بالغش أن تتوافر لدى المدين نية الإضــرار بالــدائن ، فالغش يفترض إذن وجود عنصر إرادى أى قصد معين هو قصــد الإضرار بالدائن ، فليس يكفى أن يكون التصرف المطعون فيه قــد أدى إلى إعسار المدين أو زاد فى إعساره ، وأن يكون لــذلك قــد أصاب الدائن بضرر ، ولكن يلزم أيضا أن يكون المدين قد قصــد إلى هذا الضرر [١].

ولكن لما كان الغالب أن المدين إذ يقدم على تصرف يعلم أنــه يسبب إعساره أو زيادة إعساره ، إنما يريد بذلك الإضرار بدائنيــه فقد عمد المشرع تخفيفا على الدائن إلى الأخذ بأمارة الغالب ، فجعل من مجرد علم المدين بإعساره قرينة على توافر الغش .

وعلى ذلك يكفى أن يثبت الدائن أن التصرف قــد صــدر مــن المدين وهوعالم أنه معسر حتى يعتبر التصرف منطويا على الغش.

---

(١) عبد المنعم البدراوى ص ١٥٥- نبيل إبراهيم سعد ص ١٢٩ .

على أن هذه القرينة ليست بقاطعة إذ يجوز إثبات عكسها ، فيجوز للمدين أن ينفى دلالتها بأن يثبت أنه رغم علمه بالإعسار لم يقصد بتصرفه الإضرار بدائنيه ، كما لو أثبت أنه قصد بتصرفه توفير حاجياته الضرورية ، أو أن التصرف كان من التصرفات العادية التى تقتضيها مهنته ، أو أنه أقدم على التصرف بالرغم من علمه بإعساره ، لاعتقاده أن هذا الإعسار مؤقت سيزول فى المستقبل بسبب هذا التصرف ذاته الذى كان يرمى به إلى ترويج أعماله[١].

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" (ب) ثم إنه جعل من مجرد علم المدين بإعساره قرينة على توافر الغش من ناحية ، واعتبر من صدر له التصرف عالما بهذا الغش ، إذا كان قد علم بذاك الإعسار أو كان ينبغى أن يعلم به ، من ناحية أخرى .

ويراعى أن حسن النية يفترض فيما يعقد من التصرفات العادية التى تقتضيها صيانة تجارة المدين أو زراعته أو صناعته . فمثل هذه التصرفات تقع صحيحة وتكون بهذه المثابة بمأمن من الطعن (أنظر المادة ١١٢ من التقنين البرازيلى)[٢].

---

(١) اسماعيل غانم ص ١٧٥ ومابعدها – نبيل إبراهيم سعد ص ١٢٩ ومابعدها – عبد المنعم البدراوى ص ١٥٦ .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٢ ص ٦٣٣ .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" النص فى المادة ٢٣٨ من التقنين المدنى على أن المشرع اشترط لعدم نفاذ التصرف بعوض أن يثبت الدائن التواطؤ بين المدين وبين المتصرف إليه على الإضرار بحقوق الدائن لأن الغش من الجانبين هو من الأركان الواجب قيام دعوى عدم نفاذ التصرفات عليها ويكفى لاعتبار الغش متوافرا أنه يثبت علم كل من المدين والمتصرف إليه بإعسار المدين وقت صدور التصرف المطعون فيه ".

(طعن رقم ٤٩٢ لسنة ٤٦ ق جلسة ١٩٧٨/٥/٨)

أنظر أيضا الأحكام المنشورة فيما يلى فى رقم (٢) .

٢- أن يكون المتصرف إليه عالما بغش المدين :

يشترط أن يكون المتصرف إليه عالما بغش مدينه . ذلك أن ضرورة استقرار المعاملات تقتضىحماية الغير حسن النية ، ولكن المشرع من ناحية أخرى ، لم يضح بحقوق الدائن ، بل عمل على تخفيف عبء الإثبات عنه ، فيكتفى لإثبات علم المتصرف إليه بالغش، مجرد علم المتصرف إليه بإعسار المدين ، إلى أن يثبت أنه مع علمه بإعسار المدين كان معذورا فى اعتقاده أن المدين لم يتصرف بقصد الإضرار بدائنيه بل بقصد آخر لا احتيال فيه على القانون .

فإذا باع المدين لزوجه عقارا ، ولم يتمكن الزوج من أن يثبت من أين أتت له النقود التى دفع منها الثمن ولم يكن فى حالة مالية تسمح باحتمال وقوع هذه الصفقة له ، فإنه إذا اقترنت هذه القرينة بقرائن أخرى تؤيدها كان هذا قرينة على العلم بإعسار المدين[١] .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " إن طلب إبطال التصرف الحاصل من المدين عملا بالمادة ١٤٣ من القانون المدنى يقتضى أن يثبت الدائن تواطؤ مدينه مع من تصرف إليه ، وأن يكون التصرف ذاته قد أدى إلى إعسار المدين بحيث لم يعد لديه ما يوفى بحق الدائن المدعى . هذا هو حكم القانون على إطلاقه . إلا أنه يجب أن يلاحظ فى تطبيقه أن لمن يكون له دين ثابت الحق فى أن يقتضى دينه من غريمه غير التاجر فى أى وقت شاء وأن يتفق معه على طريقة الوفاء ، سواء أكان ذلك عينا أم بمقابل (Dation en payement) ولايؤثر فى ذلك علم الدائن لما لغيره من دين ، بل إذا كان هناك مطعن فلا سبيل لتوجيهه إلا إلى الحق الذى اتخذ أساسا للاتفاق أو إلى المحاباة التى قد تقع فيه . فإذا كان المشترى قد تمسك بأن البيع الصادر إليه إنما كان تسوية لمعاملات سابقة بينه وبين البائع مستندا فى ذلك إلى

---

(١) استئناف مختلط ١٩١٣/١٢/١ .

عقود مسجلة وإلى مستندات أخرى قدمها لتأييد دعواه، فلم تتناول المحكمة هذه الأوراق بالبحث والتمحيص لكى تقول كلمتها فيها . بل استخلصت من مجرد علم المشترى بدين غيره على مدينه دليلا على تواطئه مع البائع ، وحكمت فى الدعوى على هذا الأساس فإن حكمها يكون مشوبا بالقصور فى أسبابه " .

(طعن رقم ٥٣ لسنة ١٢ ق جلسة ١٩٤٣/٤/١)

٢- " مفاد نص المادتين ٢٣٧ ، ١/٢٣٨ من القانون المدنى أن الغش الواقع من المدين وحده فى عقود المعاوضات لايكفى لإبطال تصرفه ، بل يجب إثبات التواطؤ بينه وبين المتصرف له على الإضرار بحقوق الدائن ، لأن الغش من الجانبين هو من الأركان الواجب قيام دعوى عدم نفاذ التصرفات عليها ، وأن يثبت أن الغش موجود وقت صدور التصرف المطعون فيه ، وإذ كان الحكم المطعون فيه بعد أن أثبت أن الطاعن اشترى العقار موضوع الدعوى وثبت فى عقد البيع الصادر له من المطعون عليه الثانى أن العين المبيعة محملة برهن رسمي للمطعون عليها الأولى ضمانا لدينها قبل المطعون عليه الثانى البائع ، وأن هذا الرهن سابق فى القيد على تسجيل عقد شراء الطاعن ، واستخلص الحكم من شهادة شاهدى المطعون عليها الأولى فى هذا الخصوص ومما شهد به شاهد الطاعن من أنه احتجز جزءا من الثمن لوجود الرهن ، قيام

التواطؤ بين المطعون عليه الثانى وبين الطاعن تأسيسا على أن هذا الأخير كان يعلم أن التصرف يؤدى إلى اعسار المطعون عليه الثانى ، مع أن الثابت من الحكم أن الطاعن قبل الشراء وهو على بينة من الدين ومن الرهن المقيد على العين المبيعة ضمانا لهذا الدين والذى يخول للمطعون عليها الأولى تتبع العقار فى أى يد تكون ثم رتب الحكم على ذلك قضاءه بعدم نفاذ العقد الصادر من المطعون عليه الثانى للطاعن ، فإنه يكون معيبا بالخطأ فى تطبيق القانون والفساد فى الاستدلال " .

(طعن رقم ٣٨٤ لسنة ٣٦ ق جلسة ١٩٧١/٤/٢٧)

٣- " مفاد نص المادتين ٢٣٧، ١/٢٣٨ من القانون المدنى أن الغش الواقع من المدين وحده فى عقود المعاوضات لايكفى لعدم نفاذ تصرفه فى حق الدائن بل يجب على الدائن إثبات التواطؤ بين المدين وبين المتصرف إليه على الإضرار بحقوق الدائن لأن الغش من الجانبين هو من الأركان الواجب قيام دعوى عدم نفاذ التصرفات عليها ، وأن يثبت أن الغش موجود وقت صدور التصرف المطعون فيه . وإذ كان يبين مما قرره الحكم المطعون فيه وأسس عليه قضاءه أنه استخلص من أقوال الشهود والقرائن التى أوردها أن المتصرف إليه - مشترى العقار - لم يكن يعلم أن التصرف يؤدى إلى إعسار - البائع - ورتب على ذلك عدم توافر

الغش فى جانب المتصرف إليه بما ينتفى معه أحد أركـان دعـوى عدم نفاذ التصرف فإنه يكون قد طبق القانون تطبيقا صحيحا ".

(طعن رقم ١٨٧ لسنة ٣٩ ق جلسة ١٩٧٣/١٢/٤)

٤- " مفاد نص المادة ١/٢٣٨ من القانون المدنى أن المشـرع أقام قرينة قانونية على علم المتصرف إليه بغش المدين إذا كان يعلم أن التصرف يسبب إعسار المدين أو يزيد فى إعساره واسـتخلاص توفر هذا العلم من ظروف الدعوى هو من الأمور الموضوعية التى يستقل بتقديرها قاضى الموضوع " .

(طعن رقم ١٣٧ لسنة ٤١ ق جلسة ١٩٧٥/١٢/٨)

٥- " النص فى المادة ٢٣٨ مـن التقنـين المـدنى علـى أن المشرع اشترط لعدم نفاذ التصرف بعوض أن يثبت الدائن التواطؤ بين المدين وبين المتصرف إليه على الإضرار بحقوق الـدائن لأن الغش من الجانبين هو من الأركان الواجب قيام دعوى عـدم نفـاذ التصرفات عليها ويكفى لاعتبار الغش متوافرا أن يثبت علم كل من المدين والمتصرف إليه بإعسار المدين وقـت صـدور التصـرف المطعون فيه " .

(طعن رقم ٤٩٢ لسنة ٤٦ ق جلسة ١٩٧٨/٥/٨) [١]

---

(١) كما قضت محكمة النقض بأن :

٣٤٦ـ سلطة قاضى الموضوع فى تقدير التواطؤ والعلم بإعسار المدين :

تقدير الدليل على التواطؤ والعلم بإعسار المدين من سلطة قاضى الموضوع دون رقابة عليه لمحكمة النقض ، متى أقام قضاءه على أسباب سائغة تؤدى إلى النتيجة التى انتهى إليها .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- استنتاج انتفاء حصول التواطؤ بين البائع والمشترى من ظروف الدعوى ووقائعها هو مسألة موضوعية لا شأن لمحكمة النقض بها " .

(طعن رقم ٧١ لسنة ٢ ق جلسة ١٩٣٣/١/١٩)

٢- " تقدير الدليل على التواطؤ والعلم بإعسار المدين هو من المسائل الموضوعية التى تدخل فى سلطة محكمة الموضوع دون

" قاعدة " الغش يبطل التصرفات " هى قاعدة قانونية سليمة ولو لم يجر بها نص خاص فى القانون وتقوم على اعتبارات خلقية واجتماعية فى محاربة الغش والخديعة والاحتيال وعدم الانحراف عن جادة حسن النية الواجب توافره فى التعاقدات والتصرفات والإجراءات عموما لمصلحة الأفراد والجماعات . فإذا كان الحكم قد اعتمد على هذه القاعدة فى قضائه ببطلان رسو المزاد فإنه لا يكون قد خالف القانون ".

(طعن رقم ٣٤٥ لسنة ٢١ ق جلسة ١٩٥٦/٢/٩)

معقب متى أقامت قضاءها على أسباب سائغة لها أصل ثابت في الأوراق وتؤدى إلى النتيجة التى انتهت إليها ".

(طعن رقم ٤٩٢ لسنة ٤٦ ق جلسة ١٩٧٨/٥/٨)

٣- " المقرر أن تقدير الدليل على التواطؤ والعلم بإعسار المدين هو من المسائل الموضوعية التى تدخل فى سلطة محكمة الموضوع دون معقب عليها متى أقامت قضاءها على أسباب سائغة وإذ كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد بنى قضاءه بعدم نفاذ البيع المحرر عنه العقد الابتدائى المؤرخ ١٩٥٢/١/٢٢ على ما استخلصه من مستندات المطعون ضده الأول وأقوال شهوده التى اطمأن إليها من أن تاريخ نشأة دينه سابق على التصرف المطعون فيه، وبتوافر الغش لدى كل من الطاعنين ومورثهما المدين وعلمهما بإعسار الأخير وقت صدور التصرف لمعرفتهما بظروفه المالية لرابطة الزوجية التى تسمح لهما بذلك، وأن مورثهما لم يقصد من تصرفه سوى الإضرار بحقوق دائنه ، وإذ كان ما أورده الحكم فى هذا الصدد سائغا وله أصل ثابت فى الأوراق ويؤدى إلى النتيجة التى انتهى إليها ، فإن ما تثيره الطاعنتان فى هذين السببين لايعدو أن يكون جدلا موضوعياً فى تقدير الدليل مما تستقل به محكمة الموضوع وتنحسر عنه رقابة محكمة النقض " .

(طعن رقم ٢١٣٦ لسنة ٥٠ ق جلسة ١٩٨٤/٥/٨)

٤- "قضاء الحكم المطعون فيه بشهر إعسار الطاعن بصفته استناداً لمجرد قيام المطعون ضده باتخاذ إجراءات تنفيذ الحكم الصادر له ضد الطاعن الذى لم يثبت- كحارس قضائى على أموال نقابة المحامين- أن لدى النقابة أموالا كافية للوفاء بالذين دون استظهار أن ما تم الحجز عليه هو كل ما للطاعن بصفته من أموال أو إيراد الأسباب التى استند عليها الحكم فى عدم ثبوت كفاية أموال النقابة للوفاء بهذا الدين وكشف ما إذا كانت المحكمة قد تنبهت لظروف عامة أو خاصة صاحبته أثرت فى حالته المالية . خطأ ".

(طعن رقم ٣٥٦٣ لسنة ٦٩ ق جلسة ٢٠٠٠/٥/٢٨)

٣٤٧- عدم اشتراط الغش فى التبرعات :

لم تشترط المادة غش المدين إلا في المعاوضات دون التبرعات. ولم تشترط بالتالى إثبات غش من جانب المتصرف إليه . فلو وهب المدين مالا أو نزل عن دين له فى ذمة الغير بدون مقابل ، كان للدائن الطعن فى الهبة أو الإبراء بمجرد أن يثبت أن تصرف المدين قد أدى إلى إعساره أو زاد فى هذا الإعسار ، ولو لم يكن بقصد الإضرار ، وحتى ولو لم يكن على علم بالإعسار .

وعلة التفرقة بين المعاوضة والتبرع ، أن مصلحة الدائن فى دفع الضرر الذى يصبيه من إعسار المدين أولى بالرعاية من

مصلحة المتبرع إليه فى الاحتفاظ بمنفعة مجانية لم يبذل من أجلها ثمنا ، لأن دفع الضرر أولى من جلب المنفعة .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" إن المادة ١٤٣ من القانون المدنى واضحة فى أن المشرع قصد أن يفرق فى الحكم بين تصرفات المدين فى أمواله بمقابل وما يصدر عنه بطريق التبرع . فإنه بدأ بذكر التصرفات عامة واشترط لإبطالها أن تكون قد صدرت بقصد إلحاق الضرر بالدائن أى بطريق الغش (en fraude de ses droits) ثم عاد فذكر التبرعات وحدها مكتفيا فى إبطالها بثبوت وقوع الضرر عنها . وهذه المادة واضحة كذلك فى أن الغش الواقع من المدين وحده فى المعاوضات لا يكفى لإبطال تصرفه ، بل يجب إثبات التواطؤ بينه وبين المتصرف له على الإضرار بالدائن ، لأن الغش من الجانبين هو من الأركان الواجب قيام الدعوى البوليصية عليها . فالحكم الذى لا يأبه بعدم حصول التواطؤ بين المتعاقدين يكون حكما مخالفا للقانون متعينا نقضه ".

(طعن رقم ٧٥ لسنة ٦ ق جلسة ١٩٣٧/٥/٢٧)

٣٤٨- حالة تصرف الخلف الـذى انتقـل إليـه الشـئ مـن المدين بعوض :

إذا تصرف الخلف الذى انتقل إليه الشئ من المدين بعوض إلى خلف آخر ، فلا يصح للدائن أن يتمسك بعدم نفاذ التصـرف إلا إذا كان الخلف الثانى يعلم غش المدين ، وكان الخلف الأول أيضا يعلم بالغش . فلا يستطيع الدائن إذن الرجوع على المتصرف إليه الثانى فى حالة ما إذا كان المتصرف إليه الأول فى مأمن مـن الـدعوى البوليصية (لأنه تلقى الشئ معاوضة وكان حسن النية) ، ففى هذه الحالة يكون التصرف الأول الصادر من المدين نافذا فى حق الدائن ، وعندئذ لا يستطيع أن يطعن فى التصرفات اللاحقة ، ولايهم بعـد ذلك أن يكون المتصرف إليه الثانى حسن النية أو سيئها.

أما إذا لم يكن المتصرف إليه الأول فى مأمن مـن الـدعوى، بمعنى أن الدعوى كانت مقبولة فى مواجهته (لأنـه تلقـى الحـق معاوضة وكان سئ النية) فعندئذ يجب حماية الدائن عـن طريـق تمكينه من ملاحقة التصرفات التـى قـد يعقـدها خلـف المـدين (المتصرف إليه الأول) ، مع وجوب رعاية المتصرف إليه الثـانى أيضا إذا كان حسن النية وكسب الحق معاوضة [1].

---

(١) السنهورى جـ٢ ص ٩٦٧ ومابعدها – عبد المنعم البدراوى ص ١٥٨ ومابعدها .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" مفاد نص الفقرة الثالثة من المادة ٢٣٨ من القانون المدنى أن الخلف – الذى تصرف له المدين بعقد معاوضة- إذا ما تصرف بدوره إلى خلف آخر بعقد معاوضة ، فإن على الدائن الذى يطلب عدم نفاذ التصرف الأخير فى حقه أن يثبت غش الخلف الثانى ، وألزمه القانون أن يثبت علم هذا الخلف الأخير بأمرين : الأول وقوع غش من المدين وهو أن التصرف منه ترتب عليه إعساره أو زيادة إعساره ، والثانى وهو علم الخلف الأول بغش المدين ".

(طعن رقم ٣٨٠ لسنة ٣٤ ق جلسة ١٩٦٨/١٠/٢٩)

٣٤٩- حالة تصرف الخلف الذى انتقل إليه الشئ من المدين تبرعا :

إذا تصرف الخلف الذى انتقل إليه الشئ من المدين تبرعا إلى خلف آخر . ففى هذه الحالة لايشترط سوء نية الخلف الثانى ، لأنه إنما يبتغى نفعا ولا يتوقى ضررا .

فإذا كان الخلف الأول قد تلقى التصرف هو الآخر تبرعا ، فلا تشترط سوء نيته ولا غش المدين . أما إذا كان الخلف الأول قد تلقى التصرف معاوضة ، فيشترط إثبات غش كل من المدين وهذا الخلف الأول [١].

---

(١) السنهورى جـ٢ ص ٩٦٧- محمد على عمران ص ٩٧ .

مـــادة (٢٣٩)

إذا ادعى الدائن إعسار المدين فليس عليه إلا أن يثبت مقـدار ما فى ذمته من ديون ، وعلى المدين نفسه أن يثبت أن لــه مـالا يساوى قيمة الديون أو يزيد عليها .

الشـــرح

٣٥٠ـ إثبات الإعسار :

رأى الشارع أن تكليف الدائن وفقا لما تقضى به القواعد العامة بإثبات إعسار المدين يلقى عليه عبئا ثقيلا يصعب أن ينهض بــه ، فجزأ هذا الإثبات بين الدائن والمدين ، فجعل على الــدائن إثبــات ديون المدين ، وعلى الأخير إثبات أمواله وكفايتها لوفــاء ديونــه. ومزية هذا الحكم فوق تخفيفه عبء الإثبات عن الدائن- أن يجعــل للمدين مصلحة فى إظهار أمواله النقدية التى يسهل عادة إخفاؤهــا عن دائنيه (١).

ويقدر القاضى فى كل حالة على حدة ما إذا كان تصرف المدين قد سبب إعساره أو زاد فيه ، وبقاء الإعسار قائما إلى وقت رفــع الدعوى أو عدمه ، دون أن يخضع فى ذلك لرقابة محكمة النقض .

---

(١) سليمان مرقس ص ٢٣٢ .

ولم يكن للمادة ٢٣٩ مقابل فى التقنين الملغى ولذلك قضت محكمة النقض فى ظل هذا التقنين بأن :

١- " عبء إثبات إعسار المدين عند الطعن بالدعوى البوليصية يقع على عاتق الدائن " .

(طعن رقم ١٤ لسنة ٦ ق جلسة ١٩٣٦/١١/١٩)

كما قضت ـ فى ظل التقنين الحالى ـ بأن :

١- " ... أما فى دعوى عدم نفاذ التصرف التى يقيمها الدائن على مدينه وعلى من تصرف إليهم هذا المدين حسب الدائن – على ما تقضى به المادة ٢٣٩ من القانون المدنى – أن يثبت مقدار ما فى ذمة مدينه من ديون وحينئذ يكون على المدين المتصرف نفسه أن يثبت أن له مالا يساوى قيمة الديون وحينئذ يكون على المدين المتصرف نفسه أن يثبت أن له مالا يساوى قيمة الديون أو يزيد عليها . ويجوز ذلك للمتصرف إليهم أيضا . ولا يعتبر ذلك منهم دفعا بالتجريد وإنما هو إثبات لتخلف أحد شروط الدعوى المذكورة وهو سبب التصرف فى إعسار المتصرف أو فى زيادة إعساره " .

(طعن رقم ٤١٣ لسنة ٤٦ ق جلسة ١٩٧٩/١٢/٦)

٢- " النص فى المادة ٢٣٩ من القانون المدنى على أنه " إذا ادعى الدائن إعسار المدين فليس عليه إلا أن يثبت مقدار ما فى

ذمته من ديون ، وعلى المدين نفسه أن يثبت أن له مـالا يسـاوى قيمة الديون أو يزيد عليها " يدل على أن المشرع قد وضع قرينـة قانونية تيسر على الدائن إثبات إعسار المدين فلـيس عليـه إلا أن يثبت ما فى ذمته من ديون وعندئذ تقوم قرينة قانونية قابلة لإثبـات العكس على أن المدين معسر وينتقل عبء الإثبـات بفضـل هـذه القرينة إلى المدين وعليه هو أن يثبت أنه غير معسر ويكون ذلـك بإثبات أن له مالا يساوى قيمة الديون أو يزيد عليها ، فإن لم يستطع إثبات ذلك اعتبر معسرا وإذا طولب المدين بإثبـات أن لـه مـالا يساوى قيمة ديونه وجب عليه أن يدل على أموال ظاهرة لا يتعـذر التنفيذ عليها وإلا اعتبر معسرا ، وتقدير ما إذا كان التصرف هـو الذى سبب اعسار المدين أو زاد فى هذا الإعسار مسألة موضوعية لاتخضع لرقابة محكمة النقض ، مادام استخلاص محكمة الموضوع لها سائغا وله أصله الثابت فى الأوراق " .

(طعن رقم ٦١ لسنة ٤٩ ق جلسة ١٩٨٢/٥/١٣)

مـــادة (٢٤٠)

متى تقرر عدم نفاذ التصرف استفاد من ذلك جميـــع الـــدائنين الذين صدر هذا التصرف إضرارا بهم .

الشـــرح

الآثار المترتبة على الدعـوى البوليصيــة :

٣٥١- انصراف أثر الدعوى لجميع الدائنين :

إذا توافرت شروط الدعوى ، ولم يستوف الدائن حقه بعد رفعها ولم يعمد المتصرف له إلى استعمال الرخصة التى خولها له القانون فى المادة ٢٤١ بإيداع ثمن المثل خزانة المحكمة ، حكمت المحكمة بعدم نفاذ التصرف .

ولايقتصر أثر الحكم فى الدعوى على الدائن الــذى رفعهــا ، وإنما يفيد منه باقى الدائنين سواء تدخلوا فى الدعوى أولم يتدخلوا ، ولا محل للاحتجاج بقاعـــدة نسبية الأحكـــام . لوجود نص خـــاص فى هـــذا الشأن هو المادة ٢٤٠ وهذا الحكم استحدثه التقنين المدنى الجديد ، أما فى التقنين المدنى السابق فإن التصرف كان يظل نافذا فى حـــق الدائنين الذين لم يشتركوا فى الدعوى البوليصية . وقـــد عدل المشرع عن هذه التفرقة بين من اشترك فـــى الـــدعوى مـــن الدائنين ومن لم يشترك فيها ، وذلك تحقيقا لفكـــرة المســـاواة بـــين

الدائنين فى الانتفاع بالضمان العام الذى ترمى الدعوى البوليصية إلى المحافظة عليه .

وعلى ذلك إذا عمد الدائن الذى حصل على الحكم بعدم نفاذ التصرف إلى اتخاذ إجراءات تنفيذية على الحق الذى عاد إلى الضمان العام ، كان لكل دائن استوفى شروط الدعوى البوليصية بالنسبة إلى هذا الحق أن يتدخل فى إجراءات التنفيذ فيشارك الدائن الأول مشاركة غرماء ، بل قد يتقدم عليه إذا كان له حق عينى يخوله هذا التقدم . وبذلك تتحقق المساواة بين الدائنين ، ولايتقدم أحد على آخر لمجرد أنه بادر إلى رفع الدعوى البوليصية قبله ، بل لا يكون التقدم إلا لسبب يوجبه قانونا[١] .

وعلى ذلك ، فإذا كان التصرف الذى تقرر عدم نفاذه يتضمن إنقاص حق من حقوق المدين كبيع أو هبة أو إبراء ، فبالنسبة لجميع الدائنين السابقة ديونهم على التصرف – وهم الذين يتحقق فيهم شرط إضرار التصرف بهم – يعتبر أن المال الذى تصرف فيه المدين لم يخرج من الضمان العام ، فيكون لهم التنفيذ عليه بديونهم .

ولايجوز لدائنى المتصرف إليه أن يشاركوا دائنى المتصرف فى هذا التنفيذ . فليس لدائنى المتصرف إليه من الحقوق أكثر مما

---

(١) السنهورى جـ٢ ص ٩٨٦ ومابعدها – نبيل إبراهيم سعد ص ١٣٢- اسماعيل غانم ص ١٨٥ ومابعدها .

للمتصرف إليه نفسه. ولما كان التصرف غير نافذ، فإن المال لايعتبر مملوكا للمتصرف إليه ، وبالتالى فلا يدخل فى ضمان دائنيه.

غير أنه إذا كان محل التصرف مبلغا من النقود سلم إلى المتصرف إليه ، أو دينا أبرئ منه ، فلا مناص من أن يخضع دائنو المتصرف، فى تنفيذهم على أموال المتصرف إليه للحصول على المبلغ المستحق عليه ، لقسمة الغرماء بالاشتراك مع دائنى المتصرف إليه .

إذ أن دائنى المتصرف فى هذه الحالة لا يطالبون بشئ معين بالذات ، وإنما هم ينفذون بالمبلغ المستحق على كافة أموال المتصرف إليه وهى ضمان دائنيه .

وإذا كان التصرف يتضمن إنشاء التزام جديد فى ذمة المدين ، كقرض أو شراء فإن المقرض أو البائع لا يعتبر دائنا بالنسبة للدائنين الذين نشأت حقوقهم قبل التصرف ، فلا يستطيع أن يشاركهم التنفيذ على أموال المدين ، وإذا كان المدين وفى له بالتزامه وجب عليه رد ما تسلمه .

ومقتضى عدم نفاذ التصرف فى حق الدائنين أن تمتنع عليهم الاستفادة من ذلك التصرف . فإذا كان التصرف شراء وحكم بعدم نفاذه فى حق الدائنين فلا يجوز لهم التنفيذ على العين المشتراه .

وإذا كان التصرف بيعا ولم يدفع المشترى الثمن بعد فلا يجوز للدائنين مطالبته به . وإذا كان قد دفعه واستفاد منه الدائنون بأن أوفى المدين به بعض ما عليه من ديون ، وجب عند التنفيذ على العين المبيعة بوصفها لازالت فى ملك البائع ، أن يقتطع من الثمن الذى يرسو به المزاد مبلغ يعادل ما استفاده الدائنون ، ويكون هذا المبلغ من حق المشترى لا يجوز للدائنين استيفاء حقوقهم منه . أما إذا لم تعد على الدائنين فائدة أصلا ، بأن كان الثمن الذى قبضه المدين غير ظاهر لايستطيع الدائنون التنفيذ عليه كما هو الغالب فى الدعوى البوليصية ، كان للدائنين أن ينفذوا بحقوقهم على العين المبيعة بكل قيمتها (١).

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" وقد أتى المشروع فيما يتعلق بآثار الدعوى البوليصية بأهم ما استحدث من الأحكام فى هذا الشأن . فمن المعلوم أن هذه الدعوى لاتفيد ، وفقا لأحكام التقنين الحالى ، والتقاليد اللاتينية ، إلا من يباشرها من الدائنين . أما نصوص المشروع فتصرف نفعها إلى جميع الدائنين المتقدمة ديونهم على التصرف ، ولو كانت هذه الديون أصبحت مستحقة الأداء ، من جراء إعسار المدين ، وهى

---

(١) اسماعيل غانم ص ١٨٧- محمد على عمران ص ١٠٠- سليمان مرقس ص ٢٤٦ ومابعدها .

بوصفها هذا دعوى جماعية لا فردية . على أن وجاهة هذا النظر لا تقتصر على مراعاة ما هو ملحوظ فى أن عدم نفاذ التصرف لايتجزأ ، من الناحية النظرية ، بل يتجاوز ذلك ، بوجه خاص ، إلى تحامى ما يؤخذ على هذه الدعوى فى صورتها الفردية من مجافاة للعدالة . ولذلك عنت الحاجة ، من عهد غير قريب ، إلى إصلاح الأحكام المتعلقة بآثارها إصلاحا ينتهى بها إلى تلك الصورة الجماعية (أنظر المادة ١٠٤٤ من التقنين البرتغالى ، والمادة ١١٣ من التقنين البرازيلى) [١].

٣٥٢ ـ حق الدائن فى المطالبة بالتعويض :

قد لا يستطيع الدائن فى كثير من الأحوال التوصل إلى استعادة المال الذى خرج من ذمة المدين ، كما إذا وجد المال فى يد مكتسب له بعوض وبحسن نية .

أو كما لو انتقل المال إلى متصرف إليه ثان وكان قد تلقاه بعوض وبحسن نية . ولا شك أن الدائن يصيبه فى هذه الحالة ضرر من جراء تصرف المدين بسوء نية ، الأمر الذى يثير مسئولية المدين بالتعويض عن الفعل الضار غير المشروع ، كما يمكن مساءلة المتصرف إليه أيضا إذا كان سئ النية عن الضرر الذى أصاب الدائن من جراء التصرف .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٢ ص ٦٣٣ .

وهو عندئذ يكون مسئولا بالتعويض على وجه التضامن مع المدين لاشتراكهما فى الفعل غير المشروع . وليس فى هذا سوى تطبيق لقواعد المسئولية التقصيرية . وبالفعل فإن الدعوى البوليصية كانت تهدف – فى أول ظهورها – إلى مسئولية المدعى عليه على اعتبار أنه ارتكب جريمة هى جريمة غش الدائنين . ثم تطورت بعد ذلك من دعوى مسئولية إلى دعوى رد أى دعوى بعدم نفاذ التصرف .

والواقع أنه حيث يتعذر الرد لا نكون بصدد دعوى بوليصية بل نكون أمام دعوى مسئولية مدينة عادية . فدعوى التعويض إنما تخضع للقواعد العامة لدعاوى المسئولية (١).

٣٥٣- أثر الدعوى البوليصية بالنسبة إلى المدين والمتصرف إليه :

ذكرنا سلفا أن الدعوى البوليصية لا تؤدى إلى إبطال التصرف، وإنما يبقى التصرف صحيحا فى علاقة المدين والمتصرف إليه مع عدم نفاذه فى حق الدائنين . وهكذا يبقى التصرف منفذا لجميع آثاره فيما بين المدين والمتصرف إليه . ويترتب على ذلك ما يأتى:

---

(١) عبد المنعم البدراوى ص ٦٥ ومابعدها – محمد على عمران ص ١٠٠ ومابعدها .

١- إذا بقى شئ من ثمن المال بعد التنفيذ على المال فإن هـذا الباقى يعتبر من حق المتصرف إليه (المشترى من المدين مثلا) لا من حق المدين . وفى مقابل ذلك يلتزم المتصـرف إليـه بتنفيـذ التزاماته (كالتزام المشترى بدفع الثمن) .

٢- للمتصرف إليه الرجوع على المدين بالدعاوى الناشئة عـن العقد . فله – نظرا لعدم تنفيذ العقد- أن يطلب الفسخ ، كما أن لـه أن يطلب التنفيذ بمقابل (من طريق التعويض) ، فإذا كنا بصـدد عقد بيع صادر من المدين كان للمشترى – وقد انتزع المبيع مـن تحت يده على أثر الحكم فى الدعوى – استطاع أن يرجـع علـى المدين البائع بدعوى ضمان الاستحقاق الناشئة من عقد البيع .

وكذلك إذا كان التصرف شراء ولم يستطع البائع (المتصـرف مع المدين) أن يستوفى الثمن ، كان له الحق فى أن يطلـب فسـخ العقد واسترداد العين من المدين .

٣- يجوز للمتصرف إليه ، وقد استوفى الدائن حقه من مالـه ، أن يرجع على المدين المتصرف بدعوى الإثراء بلا سبب [١].

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" ولما كانت الدعوى البوليصية دعوى اقتصار أو عدم نفاذ فهى لا تمس صحة التصرف المطعون فيه . ومؤدى ذلك أن مثل هـذا

---

(١) عبد المنعم البدراوى ص ١٦٦ – سليمان مرقس ص ٢٤٨ ومابعدها .

التصرف يظل صحيحا منتجا لجميع آثاره ، وكل ما هنالك أنه يصبح غير نافذ فى حق الدائنين ، بالقدر اللازم لحماية حقوقهم دون إفراط أو تفريط "[1].

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " متى تحققت الشرائط المقررة لبطلان التصرف تأسيسا على المادة ١٤٣ من القانون المدنى القديم فإن مؤدى ذلك أن تعود ملكية العين المتصرف فيها إلى البائع ويكون من حق المشترى الذى لم يسجل عقده بوصفه دائنا بالثمن التنفيذ عليها جبرا استيفاء لدينه وليس من شأن هذا التنفيذ أن يعود هذا المشترى إلى بعث عقده الابتدائى ومطالبته الحكم بصحته ونفاذه لأن الملكية تكون قد انتقلت بالتسجيل إلى المشترى الذى سجل عقده محملة بحق المشترى الذى يسجل بوصفه دائنا للبائع وليس للدائن فى مقام التنفيذ بدينه أن يطالب بملكية العقار الذى يجرى عليه التنفيذ ".

(طعن رقم ٢٣١ لسنة ٢١ ق جلسة ١٩٥٥/٦/٢)

٢- "(أ)- " الدعوى البوليصية ليست فى حقيقتها- وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة- إلا دعوى بعدم نفاذ التصرف الصادر من المدين إضرارا بدائنه ، ولا يمس الحكم الصادر فيها صحة العقد الصادر من المدين ، بل يظل هذا العقد صحيحا وقائما بين عاقديه منتجا كافة آثاره القانونية بينهما ".

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٢ ص ٦٣٣ .

(ب)- " ليس من شأن الدعوى البوليصية المفاضلة بين العقود، بل هى دعوى شخصية لا يطالب فيها الدائن بحق عينى ، ولايؤول بمقتضاها الحق العينى إليه أو إلى مدينه ، بل إنها تدخل ضمن مـــا يكفل به القانون حقوق الدائنين ضمن وســائل الضـــمان ، دون أن يترتب على الحكم فيها لصالح الدائن أن تعود الملكية إلى المدين ، وإنما ترجع العين فقط إلى الضمان العام للدائنين " .

(طعن رقم ٣٩٢ لسنة ٣٧ ق جلسة ١٩٧٢/٦/١٣)

٣٥٤- ليس للمتصرف إليه مشاركة الدائنين فىالتنفيذ :
وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" إذا كان طلب عدم نفاذ التصـــرف (الـــدعوى البوليصـــية) منصبا على التصرف بأكمله قرضا ورهنا باعتباره تصرفا أجــراه المدين إضرارا بالدائنين وأجابت المحكمة الدائن إلى طلبـــه فـــإن قضاءها فى هذا الخصوص- فضلا عما يترتب عليه مـــن إدخـــال الحق المتصرف فيه فى الضمان العام للدائنين – من شأنه إخـــراج الدائن الذى تواطأ مع المدين إضرارا بباقى الدائنين مـــن مجمـــوع هؤلاء الدائنين فلا يشترك معهم فى حصيلة الحق المتصرف فيـــه عند التنفيذ عليه وليس له أن يقتضى ما له من دين فى ذمة مدينـــه إلا مما عسى أن يبقى من هذه الحصيلة بعد التنفيذ ".

(طعن رقم ٢٦٠ لسنة ٣٠ ق جلسة ١٩٦٥/٦/١٠)

مــادة (٢٤١)

إذا كان من تلقى حقا من المدين المعسر لم يدفع ثمنه ، فإنــه يتخلص من الدعوى متى كان هذا الثمن هو ثمن المثــل ، وقــام بإيداعه خزانة المحكمة .

الشــرح

٣٥٥ـ عدم أداء المتصرف إليه من المدين المعسر ثمن الحق :

للمدين أن يوفى الدين وحينئذ تنقضى الدعوى أو يوقف تنفيــذ الحكم الصادر فيها بعدم نفاذ تصرفه . وقد يقوم المتصرف له بهذا الوفاء ويكون له الرجوع بعد ذلك على المدين إذا كان قــد وفــى الثمن .

أما إذا كان لم يوف الثمن إلى المدين ، فلــه إيداعــه خزانــة المحكمة على ذمة الدائن وبذلك يتخلص من الدعوى. إذا كان هــذا الثمن هو ثمن المثل .

أما إذا كان الشراء بأقل من ثمن المثل ، كان للمتصرف إليــه تكملة الثمن إلى ثمن المثل وإيداعه خزانة المحكمة فيــتخلص مــن الدعوى ، إذ لا يكون للدائن مصلحة فى الاستمرار فى دعواه ، فله أن ينفذ على هذا المال وينفذ هذا الوفاء بالنسبة لباقى الدائنين(١) .

---

(١) المستشار أنور طلبه ص ٤٦٤ .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" فإذا استوفى مباشر هذه الدعوى حقه من المدين ، أو من المتصرف له ، أو إذا ظهرت أموال تكفى للوفاء بهذا الحق ، وهو ما يعدل الوفاء حكما ، انتفت مصلحته فى المضى فى دعواه ، وسقط حقه فيها تفريعا على ذلك . ولمن صدر له التصرف أن يقيم الدليل على حسن نيته بإيداع ثمن ما آل إليه بمقتضى التصرف، متى كان هذا الثمن قريبا من ثمن المثل [١]. وبذلك يتقى آثار الطعن وتسقط الدعوى ... الخ " .

---

(١) كانت المادة ٣٢١ من المشروع التمهيدى المقابلة للمادة (٢٤١) من التقنين المدنى تنص على : " فإنه يتخلص من الدعوى متى كان هذا الثمن قريبا من ثمن المثل " – إلا أن النص عدل بلجنة المراجعة على وضعه الراهن (مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٢ ص ٦٢٥) .

مـــادة (٢٤٢)

١- إذا لم يقصد بالغش إلا تفضيل دائن على آخر دون حـــق، فلا يترتب عليه إلا حرمان الدائن من هذه الميزة .

٢- وإذا وفى المدين المعسر أحد دائنيه قبل انقضـــاء الأجـــل الذى عين أصلا للوفاء ، فلا يسرى هذا الوفاء فـــى حـــق بـــاقى الدائنين . وكذلك لا يسرى فى حقهم الوفاء ، ولـــو حصـــل بعـــد انقضاء هذا الأجل ، إذا كان قد تم نتيجـــة تواطـــؤ بـــين المـــدين والدائن الذى استوفى حقه " .

الشـــــرح

٣٥٦ـ تفضيل دائن على آخـــر :

قد يكون سبيل المدين إلى الإضرار بدائنيه هو تفضـــيل أحـــد الدائنين على سائرهم ، وذلك إما بأن يوفى المدين المعسر لأحـــدهم دون الآخرين ، وإما أن يقرر له سببا من أسباب التقدم . وقد كـــان حكم هذه التصرفات ، من حيث جـــواز الطعـــن فيهـــا بالـــدعوى البوليصية ، محلا للخلاف فى ظل التقنين السابق . فقد كان يبدو أن الدائن الذى يسعى إلى استيفاء حقه أو إلى الحصول على ضـــمان خاص تأمينا لحقه ، إنما يسعى لتحقيق غرض مشروع . ومع ذلك فمن الواضح أن تصرف المدين على هذا الوجه من شأنه الإضرار بالدائنين الآخرين ، إذ يترتب عليه الإخـــلال بمبـــدأ المســـاواة ،

ويؤدى إلى إنقاص نسبة ما يحصل عليه كل منهم عند اقتسام أموال المدين الباقية قسمة غرماء [١].

وقد جاء التقنين المدنى متضمنا لنص صريح فى هذه المسألة هو المادة (٢٤٢) ، وهى تجيز الالتجاء إلى الدعوى البوليصية فى هاتين الحالتين بالتفصيل الذى نذكره فى البند التالى .

٣٥٧ ـ حالتان يجوز فيهما الالتجاء إلى الدعوى البوليصية :

(أ) وفاء المدين المعسر أحد دائنيه قبل انقضاء الأجل :

إذا كان المدين المعسر قد أوفى أحد دائنيه قبل انقضاء الأجل الذى عين أصلا للوفاء ، كان هذا الوفاء بمثابة تبرع ، فلا يسرى فى حق باقى الدائنين ، ولا يشترط إثبات الغش حينئذ . أما إذا كان الوفاء حاصلا عند حلول الأجل ، فيشترط لإمكان الطعن فيه بالدعوى البوليصية توافر التواطؤ بين المدين والدائن الذى استوفى حقه .

(ب) ترتيب المدين المعسر لأحد دائنيه دون حق سببا من أسباب التقدم :

إذا رتب المدين المعسر لأحد دائنيه دون حق ، سببا من أسباب التقدم على الباقين ، بأن رهن له مثلا مالا من أمواله رهنا رسميا أو رهن حيازة فتصرفه على هذا الوجه يكون قابلا للطعن . فإذا

---

(١) اسماعيل غانم ص ١٨٣ ومابعدها .

كان تصرف المدين فى هذه الحالة من قبيل المعاوضات ، فإن كان الدائن قد أدى مقابلا للضمان الخاص الذى تقرر له ، بأن مد من أجل الدين مثلا أو أعطى أجلا جديدا أو حط جزءا من الدين عن المدين ، وجب إثبات التواطؤ بين المدين والدائن حتى يقبل من الدائنين الآخرين الطعن فى التصرف بالدعوى البوليصية . ويترتب على ذلك أن يحرم الدائن الميزة التى قررها له المدين .

أما إذا كان الدائن لم يؤد مقابلا لما قرر له من ضمان خاص كان تصرف المدين تبرعا ، وبالتالى فلا حاجة لإثبات الغش[1].

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" ويراعى من ناحية أخرى أن المدين إذا لم يقم بالوفاء ، بل كفل لأحد دائنيه ، دون حق ، سببا من أسباب التقدم على الباقين ، بأن رهن له مثلا مالا من أمواله رهنا رسميا أو رهن حيازة ، فتصرفه على هذا الوجه يكون قابلا للطعن ، وفقا لأحكام النص ، شأنه فى ذلك شأن الوفاء ، باعتبار وحدة الغاية من كل منهما . وقد يكون مثل هذه التصرفات من قبيل المعاوضات أو التبرعات ، تبعا لما إذا كان الدائن قد أدى مقابلا لاستئجاره ، أو تم له دون مقابل ، ويجب فى الحالة الأولى توافر التواطؤ بين المدين والدائن"[2].

---

(١) اسماعيل غانم ص ١٨٤ – عبد المنعم الصده ص ٦٦ ومابعدها .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٢ ص ٦٣١ ومابعدها .

وقد قضت محكمة النقض بـأن :

" لمن يكون له دين ثابت الحق فى أن يقتضى دينه من غريمـه غير التاجر فى أى وقت شاء وأن يتفق معه على طريقة الوفاء، سواء أكان ذلك عينا أم بمقابل (Dation en payement) ، ولايؤثر فى ذلك علم هذا الدائن لما لغيره من دين ، بل إذا كان هناك مطعن فلا سبيل لتوجيهه إلا إلى الحق الذى اتخذ أساسا للاتفـاق أو إلـى المحاباة التى قد تقع فيه . فإذا كان المشترى قد تمسك بـأن البيـع الصادر إليه إنما كان تسوية لمعاملات سابقة بينه وبين البائع مستندا فى ذلك إلى عقود مسجلة وإلى مستندات أخرى قدمها لتأييد دعـواه فلم تتناول المحكمة هذه الأوراق بالبحث والتمحيص لكـى تقـول كلمتها فيها . بل استخلصت من مجرد علم المشترى بـدين غيـره على مدينه دليلا على تواطئه مع البائع وحكمت فى الدعوى علـى هذا الأساس فإن حكمها يكون مشوبا بالقصور فى أسبابه " .

(طعن رقم ٥٣ لسنة ١٢ ق جلسة ١٩٤٣/٤/١)

مـــادة (٢٤٣)

تسقط بالتقادم دعوى عدم نفاذ التصرف بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذى يعلم فيه الدائن بسبب عدم نفاذ التصرف .

وتسقط فى جميع الأحوال بانقضاء خمس عشـــرة ســـنة مـــن الوقت الذى صدر فيه التصرف المطعون فيه .

الشـــرح

٣٥٨- سقوط دعوى عدم نفاذ التصرف بالتقادم :

رغم أن الدعوى البوليصية ليست دعوى إبطال ، فهى تتقـــادم بمدد تشابه مدد تقادم البطلان النسبى . فهى تسقط بانقضاء ثـــلاث سنوات من اليوم الذى يعلم فيه للدائن بسبب عدم نفاذ التصـــرف . وتسقط فى جميع الأحوال بانقضاء خمس عشرة سنة مـــن الوقـــت الذى صدر فيه التصرف .

والعلة فى النص على مدة ثلاث السـنوات هـــى أن الـــدعوى البوليصية ، كدعوى الإبطال تجعل مصير التصرف مهددا . فلم ير المشرع أن يترك الأمر إلى القاعدة العامة فى التقادم الطويل وحدها، ويترتب على ذلك ما يأتى :

١- أنها تسقط بالنسبة لكل دائن على حدة بمضى ثلاث سنوات من اليوم الذى يعلم فيه بالتصرف وبسبب عدم نفاذه فى حقه . فقـــد يعلم الدائن بالتصرف ولايعلم أن من شأنه أن يسبب إعسار المدين

أو أنه منطو على غش إن كان معاوضة ، فلا تبدأ مدة ثلاث السنوات إلا من وقت علمه بذلك .

ويترتب على ذلك أن الدعوى قد تتقادم بالنسبة لدائن دون آخر. فإذا كانت مدة التقادم قد استكملت بالنسبة لأحد الدائنين فرفع دائن آخر الدعوى البوليصية وحكم بعدم نفاذ التصرف ، فإنه يجوز للدائنين الآخرين أن يتمسكوا بالتقادم لاستبعاد الدائن الذى استكملت بالنسبة له مدة ثلاث السنوات من وقت رفع الدعوى من مشاركتهم فى التنفيذ على المال محل التصرف . كما يجوز ذلك بالأولى للمتصرف إليه ودائنيه [١].

٢- أنها تسقط على أى الأحوال ، وبالنسبة لجميع الدائنين ، بانقضاء خمس عشرة سنة من الوقت الذى صدر فيه التصرف ، ولولم يعلم الدائن بالتصرف أوبسبب عدم نفاذه إلا فى وقت متأخر.

ومعلوم أن الدفع بالتقادم لا يتعلق بالنظام العام ويجب التمسك به ، إلا أنه لايجوز التمسك به لأول مرة أمام محكمة النقض كما يجوز التنازل عنه صراحة أو ضمنا .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " إذا لم يتمسك الطاعن أمام محكمة الموضوع بسقوط الدعوى البوليصية بالتقادم الثلاثى المنصوص عليه فى المادة

---

(١) اسماعيل غانم ص ١٩٠ وهامش (١) .

٢٤٣ من القانون المدنى فإنه لايجوز له التحدى بهذا التقـادم لأول مرة أمام محكمة النقض " .

(طعن رقم ٣٢٢ لسنة ٣٤ ق جلسة ١٩٦٨/٢/٢٩)

٢- " إذ تنص المادة ٢٤٣ من القانون المدنى على أنه " تسقط بالتقادم دعوى عدم نفاذ التصرف بانقضاء ثلاث سنوات من اليـوم الذى يعلم فيه الدائن بسبب عدم نفاذ التصرف . وتسقط فى جميـع الأحوال بانقضاء خمس عشرة سنة من الوقت الـذى صـدر فيـه التصرف المطعون فيه " . فإن العلم الذى يبدأ به سـريان التقـادم الثلاثى فى دعوى عدم نفاذ التصرف هو علـم الـدائن بصـدور التصرف المطعون فيه وبإعسار المـدين والغـش الواقـع منـه ، واستظهار هذا العلم هو من قبيل فهم الواقع فى الدعوى الذى تستقل به محكمة الموضوع ولاتخضع فيه لرقابة محكمة النقض متى كان تحصيلها سائغا . وإذ يبين من الحكم المطعون فيه أنه لم يعتد فـى سريان بدء التقادم بعلم المطعون عليها الأولى بالطلب المقدم عـن الرهن - المطلوب الحكم بعدم نفاذه - إلى الشـهر العقـارى فـى ١٩٦١/٨/١٢ وباستلام الطاعن- الـدائن المـرتهن - للعقـارين المرهونين فى ١٩٦١/١٠/١وتحويل عقود الإيجار إليه ، وإنما اعتد فى هذا الخصوص بعقد الرهن الحيازى المشهر فى ١٩٦٥/٣/٢١ واستند الحكم فيما حصله إلى اعتبارات سائغة لها أصلها الثابت فى

الأوراق، لما كان ذلك فإن ما يثيره الطاعن لا يعدو أن يكون جدلا موضوعيا فى تقدير محكمة الموضوع للأدلة وهو ما لايجوز قبوله أمام محكمة النقض ".

(طعن رقم ٦٣٦ لسنة ٤٢ ق جلسة ١٩٧٧/١/١١)

٣- " مفاد نص المادة ٢٤٣ من القانون المدنى أن الدعوى البوليصية تسقط بأقصر المدتين : الأولى ثلاث سنوات تبدأ من تاريخ علم الدائن بسبب عدم نفاذ التصرف فى حقه لأن الدائن قد يعلم بالتصرف ولايعلم بما يسببه من إعسار للمدين أو بما ينطوى عليه من غش إذا كان من المعاوضات . والثانية خمس عشرة سنة من الوقت الذى صدر فيه التصرف ومن ثم فإنه على من يتمسك بالتقادم الثلاثى المشار إليه أن يبين علم الدائن بسبب عدم نفاذ التصرف وتاريخ هذا العلم لتبدأ منه مدة ذلك التقادم ".

(طعن رقم ٤١٣ لسنة ٤٦ ق جلسة ١٩٧٩/١٢/٦)

٤- " إن الطاعنة لم تقدم ما يثبت أنها تمسكت أمام محكمة الموضوع بسقوط دين الضريبة بالتقادم الخمسى ولا بسقوط دعوى نفاذ التصرف بالتقادم الثلاثى المنصوص عليه فى المادة ٢٤٣ من القانون المدنى- ولا يبين ذلك من مدونات الحكم المطعون فيه أو غيره من أوراق الطعن ومن ثم فإن النعى عليه بالقصور فى التسبيب لالتفاته عن مناقشة هذا الدفاع يكون عاريا عن دليله ".

(طعن رقم ١٢٧٣ لسنة ٤٩ ق جلسة ١٩٨٣/٥/٢٣)

مــادة (٢٤٤)

١- إذا أبرم عقد صورى فلدائنى المتعاقدين وللخلف الخاص، متى كانوا حسنى النية ، أن يتمسكوا بالعقد الصــورى ، كمــا أن لهم أن يتمسكوا بالعقد المستتر ويثبتوا بجميع الوسائل صــورية العقد الذى أضر بهم .

٢- وإذا تعارضت مصالح ذوى الشأن ، فتمسك بعضهم بالعقد الظاهر وتمسك الآخرون بالعقد المستتر ، كانت الأفضلية للأولين.

الشــــرح

٣٥٩ـ تعريف الصـوريـة :

الصورية هى التظاهر بأمر يخالف الواقع من جميع نواحيــه أو من بعضها على الأقل . فهى توجد موقفا ظاهر غير حقيقى يســتر موقفا خفيا حقيقيا ، فإذا كان ذلك الموقف تعاقدا ، كان العقد الظاهر صوريا والعقد الخفى هو العقد الحقيقى .

٣٦٠ـ الصورية المطلقة والصورة النسبية :

الصورية إما أن تكون مطلقة وإما أن تكون نسبية .

والأولى (الصورية المطلقة) ، هى التى تصور فــى الظــاهر عقدا لا وجود له فى الواقع أصلا ، كما لو اتفق المدين مع شخص آخر على أن يظهرا بمظهر البائع والمشترى ، فيبيع المدين إليه فى الظاهر عينا مملوكة له ، ويتفقان فيما بينهما على أن البيع لا حقيقة

له . والغالب أن يحتاط البائع للأمر فى هذه الحالة فيأخذ من المشترى الصورى إقرارا كتابيا بصورية هذا البيع ، ويسمى هذا الإقرار أو الورقة التى تتضمنه (ورقة الضد).

ويختلف الغرض من الصورية باختلاف الأحوال . فقد يكون المقصود هو الإضرار بدائن البائع بحرمانه من التنفيذ على العين، وقد يرمى المتعاقدان إلى غرض آخر غير الإضرار بالدائن .

كما لو كان المقصود هو إظهار المشترى بمظهر الثراء استكمالا لنصاب الترشيح للعمودية مثلا ، أو تمكينا من مصاهرة أسرة كبيرة . فى مثل هذه الحالات . لازالت العين المبيعة فى الحقيقة على ملك المدين ، ولكن دائن البائع لن يستطيع التنفيذ عليها بحقه إلا إذا أثبت حقيقة الواقع ، أى إلا إذا أثبت صورية البيع، وسبيله إلى ذلك رفع دعوى الصورية[١] .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- " الصورية المطلقة هى تلك التى تتناول وجود العقد ذاته فيكون العقد الظاهر لا وجود له فى الحقيقة أما الصورية النسبية فهى التى لا تتناول وجود العقد وإنما تتناول نوع العقد أو ركنا فيه أو شرطا من شروطه أو شخص المتعاقدين ".

(طعن رقم ٣٧٧ لسنة ٤٦ ق جلسة ١٩٧٨/٥/٢٥)

---

(١) اسماعيل غانم ص ١٩١- سليمان مرقس ص ٢٥٢ .

٢- " الصورية فى العقد هى اتخاذ مظهر كاذب بإرادة ظاهرة تخالف النية الحقيقية للطرفين ، والدفع بالغلط يعنى صدور التصرف عن إرادة معيبة والدفع بالصورية وحدها وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة- يحمل معنى الإقرار بصدور العقد عن إرادة صحيحة فلا يقبل بعده التمسك- بأنه أبرم تحت تأثير عيب من عيوب الإرادة " .

(طعن رقم ٣٤٩ لسنة ٦٠ ق جلسة ١٩٩٤/٧/١٢)

٣- " الصورية المطلقة هى التى تتناول وجود العقد ذاته وتعنى عدم قيام العقد أصلا فى نية عاقديه أما الصورية النسبية فهى التى لا تتناول وجود العقد وإنما تتناول نوعه أو ركنا فيه أو شرطاً من شروطه أو شخص المتعاقدين أو التاريخ الذى أعطى له بقصد التحايل على القانون بما مؤداه أن الصورية النسبية لا تنتفى بانتفاء الصورية المطلقة لاختلافهما أساساً وحكماً ".

(طعن رقم ٢٢٣٦ لسنة ٥٩ ق جلسة ١٩٩٤/١١/٢٣)

٤- " إذا كان المقصود من التمسك بصورية عقد اعتباره منعدما لا أثر له ويصح التمسك بها لكل ذى مصلحة ولو لم تكن بينه وبين العاقدين رابطة عقدية ".

(طعن رقم ٦٨٥٤ لسنة ٧٢ ق جلسة ٢٠٠٤/٥/١٢)

والثانية (الصورية النسبية) ، هى التى تصور عقدا ظاهرا يستر عقدا خفيا مغايرا له فى بعض نواحيه ، سواء أكانت المغايرة فى نوع العقد كما لو استترت الهبة فى صورة عقد بيع وتكون الصورية حينئذ صورية بطريقة التستر ، وتسمى الهبة هبة مستترة أم كانت المغايرة فى أحد أركان العقد أو شروطه كما لو ذكر فى عقد البيع ثمن أكثر أو أقل من الثمن الحقيقى للتخلص من الشفعة أو للتخفف من رسوم التسجيل ، أم كانت فى أحد طرفى العقد كما لو تم الشراء باسم شخص ولكنه كان فى الحقيقة لحساب شخص آخر فيكون اسم الشخص الظاهر فى العقد اسما مستعارا .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" من المقرر أن الطعن بأن العقد الظاهر يستر عقدا آخر هو طعن بالصورية النسبية بطريق التستر يقع على من يدعيها عبء إثباتها فإن عجز وجب الأخذ بظاهر نصوص العقد الذى يعد حجة عليه " .

(طعن رقم ١١٠٩ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٩٢/١٢/٢٤)

(راجع الأحكام المنشورة سلفا فى الصورية المطلقة) .

٣٦١ـ صور الصورية النسبية :

تتخذ الصورية النسبية إحدى الصور الآتية :

(أ)- الصورية بطريق التستر :

وهذه الصورة تتناول نوع العقد لا وجوده ، كأن يكـــون العقــد الحقيقى هبة فيذكر المتعاقدان أنه بيع . وغالبا ما يكون المقصــود بالصورية فى مثل هذه الحالة التخلص من الشكلية التى يســتلزمها القانون فى الهبة . وتسمى الهبة هبة مستترة .

وقد يحدث العكس فيكون العقد الحقيقى بيعا فيخفى المتعاقــدان العقد الحقيقى فى صورة عقد هبة لحرمان الشفيع مــن حــق أخــذ المبيع بالشفعة .

كما قد يخفى الطرفان الوصية تحت ستار عقد البيــع ، حتــى لايتقيد الموصى بالنصاب القانونى المحدد ، وهو ثلث التركة لنفــاذ تصرفه فى حق الورثة .

(ب)- الصورية فى أركان العقد أو شروطه :

فالصورية هنا لا تتناول وجود العقد فى ذاته ، بل ترد فقط على ركن من أركانه أو شرط من شروطه ، وهى مــا يطلــق عليهــا الصورية بطريق المضادة[١] . ومثال ذلك أن يذكر فى عقــد بيــع العقار ثمنا أقل من الثمن الحقيقى تهربا من دفع رســوم التســجيل كاملة ، أو يذكر ثمنا أكبر من الثمن الحقيقى لإثنــاء الشــفيع عــن

---

(١) نبيل إبراهيم سعد ص ١٤١ .

المطالبة بالشفعة ، أو يذكر فى عقد الإيجار أجرة أكبر من الأجـرة المتفق عليها فى الحقيقة بقصد رفع قيمة المنزل المؤجر عند بيعه.

وقد تقتصر الصورية على مجرد تغيير تاريخ العقد ، وسنعرض لذلك تفصيلا .

(ج)- الصورية النسبية لتاريخ العقد :

قد يلجأ المتعاقدان إلى إعطاء التصرف تاريخا صوريا يخـالف التاريخ الحقيقى الذى أبرم فيه التصرف وغالبا ما يكون الدافع إلى ذلك هو إبعاد التصرف عن دائرة البطلان ، مثال ذلك إعطاء البائع تاريخا سابقا على مرض موت البائع (م٩١٦) أو سابقا على تسجيل دعوى الحجر (مادتان ١١٣، ١١٤) . ويترتب على إثبات صورية التاريخ وحقيقة الوقت الذى تم فيه التصرف تطبيق الأحكام القانونية باعتبار أن التصرف تم فى تاريخه الحقيقى [١].

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " صورية تاريخ العقد صورية نسبية تنصب على التـاريخ وحده فلا تتعداه إلى العقد ذاته . فإذا كان الحكم قد أقـام قضـاءه بصحة ونفاذ العقد على أسبقية تاريخ تسجيل صحيفة الدعوى علـى

---

(١) المستشار أنور طلبه ص ٤٩٢ .

تاريخ تسجيل عقد الطاعن ولم يعول على تاريخ عقد المدعى فإن صورية تاريخ هذا العقد لا أثر لها فى الدعوى " .

(طعن رقم ١٩٠ لسنة ٣٢ ق جلسة ١٩٦٦/٣/٢٤)

٢- " تقديم تاريخ العقد لإخفاء صدوره أثناء عته البائع هو تحايل على القانون ، يجوز إثباته فيما بين المتعاقدين بالبينة والقرائن ، وحكم الورثة فى هذا الخصوص هو حكم مورثهم ، وإذ كان يبين من الاطلاع على المذكرة التى قدمها الطاعنان أمام محكمة الاستئناف أنهما تمسكا بدفاع أصلى يقوم على أن عقد البيع موضوع النزاع لم يصدر من مورثهما فى ١٩٤٧/١٠/١٠ كما أثبت به ، وإنما صدر فى تاريخ لاحق بعد إصابته بالعته وإدخاله المستشفى ، وأن المقصود بتقديم تاريخ العقد هو تفادى أثر الحجر على المورث ، واستدلا على ذلك بعدة قرائن ، ثم انتهيا إلى طلب إحالة الدعوى إلى التحقيق لإثبات دفاعهما إذا لم تكتف المحكمة بالقرائن المقدمة منهما ، وكان الحكم المطعون فيه قد أغفل الرد على دفاع الطاعنين سالف البيان ، ولم يشر إليه مع أنه دفاع جوهرى قد يتغير به وجه الرأى فى الدعوى فإنه يكون قد شابه قصور فى التسبيب ".

(طعن رقم ٤٦٥ لسنة ٣٦ ق جلسة ١٩٧١/٦/٢٢)

٣- (أ)- " الصورية المطلقة هى التى تتناول وجود العقد ذاتـــه وتعنى عدم قيام العقد أصلا فى نية عاقديه أما الصـــورية النســـبية فهى التى لا تتناول وجود العقد وإنما تتناول نوعه أو ركنا فيـــه أو شرطا من شروطه أو شخص المتعاقدين أو التاريخ الذى أعطى له بقصد التحايل على القانون بما مؤداه أن الصورية النسبية لا تنتفى بانتفاء الصورية المطلقة لاختلافهما أساسا وحكما ".

(ب)- " لما كان البين أن الطاعن قد تمسك فى دفاعـــه أمـــام محكمة الاستئناف بصورية عقد البيع الصادر من المطعون ضـــده الثانى للمطعون ضده الأول صورية مطلقة . كما دفـــع ببطلانـــه لمخالفته لأحكام الأمر العسكرى رقم ٤ لسنة ١٩٧٣ وأحكام قانونى إيجار الأماكن رقمى ٤٩ لسنة ١٩٧٧ ، ١٣٦ لسنة ١٩٨١ بإعطائه تاريخا صوريا ليكون سابقا على عقده وكـــان طعنـــه بالصـــورية المطلقة على هذا العقد إنما ينصب على وجوده أصـــلا فـــى نيـــة عاقديه بينما دفعه ببطلانه لصورية تاريخه إنما ينصب على التاريخ وحده ولا يتعداه إلى العقد ذاته إلا أن الحكم المطعون فيه قد قصـــر بحثه على ما ساقه الطاعن من قرائن تتعلـــق بطعنـــه بالصـــورية المطلقة وبالتواطؤ بين طرفى هذا العقد للإضرار بحقوقه وانتهـــى إلى أن هذه القرائن لاتصلح دليلا علـــى تلـــك الصـــورية أو هـــذا التواطؤ وأغفل الرد على دفعه بالصورية النسبية على هـــذا العقـــد

بإرجاع تاريخه ليكون سابقا على عقده بما يبطله طبقا لأحكام الأمر العسكرى وقانونى إيجار الأماكن سالفى الذكر رغم أن الصورية النسبية لاتنتفى بانتفاء الصورية المطلقة لاختلافهما أساسا وحكما".

(طعن رقم ٢٢٣٦ لسنة ٥٩ ق جلسة ١٩٩٤/١١/٢٣)

(د)- الصورية بطريق التسخير :

وتتناول الصورية هنا شخص أحد المتعاقدين ، كما لو تم الشراء باسم شخص ولكنه كان فى الحقيقة لحساب شخص آخر ، فيكون اسم الشخص الظاهر فى العقد اسما مستعارا وتكون الصورية باستبدال اسم آخر فى العقد الظاهر . مثال ذلك أن يمنع القانون أحد الأشخاص من شراء حق من الحقوق ، فيشترى هذا الحق باسم مستعار على أن ينقله بعد ذلك هذا الأخير إليه . وهنا يسخر الممنوع من الشراء شخصا آخر لخدمة (الشخص المستعار) ولهذا السبب تنص المادة ٤٧١ مدنى على أنه : " لايجوز للقضاء ولا لأعضاء النيابة ولا للمحامين ولا لكتبة المحاكم ولا للمحضرين أن يشتروا لا بأسمائهم ولا باسم مستعار الحق المتنازع فيه كله أو بعضه ، إذا كان النظر فى النزاع يدخل فى اختصاص المحكمة التى يباشرون أعمالهم فى دائرتها ، وإلا كان البيع باطلا " فلا يجوز إذن للشخص الممنوع من الشراء أن يشترى لا باسمه ولا باسم مستعار الحق المتنازع فيه متى توافرت سائر الشروط

المنصوص عليها فى المادة ٤٧١ مدنى ، فليس له أن يكتسب الحق باسمه ولا أن يسخر غيره لتحقيق هذا الغرض [١].

وهى فى هذا تختلف عما يسمى التعاقد بطريق التسخير أو باسم مستعار ، فالتعاقد بطريق التسخير هو حالة من حالات النيابة ولكنها نيابة غير معلنة ، هى نيابة خفية . فالشخص المستعار هو وكيل أو نائب ، ولكنه لايفصح عن نيابته للغير الذى يتعاقد معه . فالمفروض فى النيابة أن يتعاقد النائب باسم الأصيل ، فهو يكشف عن نيابته للمتعاقد معه. ويكون أثر النيابة انصراف آثار العقد إيجابا وسلبا إلى الأصيل لا إلى النائب ، فيكتسب الأصيل مباشرة ما ينشأ له من العقد من حقوق ويتحمل ما ينشأ عنه من التزامات، وتنشأ علاقة مباشرة بينه وبين من تعاقد معه النائب . أما فى التعاقد عن طريق شخص مسخر فإن الشخص المسخر- وهو نائب عمن سخره – لايكشف عن نيابته ، ولذلك فهو يتعاقد مع الغير باسمه، ويصبح هو مسئولا شخصيا عن تنفيذ العقد ، ويكتسب الحقوق الناشئة عنه ، فإليه تنصرف آثارالتصرف جميعها ، ثم يقوم بعد ذلك بنقل آثار التصرف الذى عقده إلى الشخص الذى سخره أى إلى الأصيل . وهكذا يبدو أن المسخر يعقد عقودا ثلاثة كلها حقيقية لا صورية. الأول : هو عقد الوكالة بينه وبين الأصيل الذى

---

(١) عبد المنعم الصده ص ٧٦ – محمد على عمران ص ١٠٤ .

سخره ، والثانى : هو العقد الذى يعقده مع الغيـر الـذى لا يعلـم بالتسخير ، والثالث : هو عقد يعقده مع الأصيل ينقل به إليه آثـار التصرف الذى عقده لحسابه مع الغير [١].

(أنظر المجلد السابع – عقد الوكالة) .

٣٦٢- طبيعة دعوى الصورية :

دعوى الصورية هى الدعوى التى يرفعها المدعى باسمه كـى يعلن بها صورية تصرف معين فى جملته أو فى ناحية معينة فيـه. وهى وإن كانت تدفع الغش فى بعض الصور إلا أن مسألة الغـش ليست هى محور الصورية . فالذى يرمى إليه مدعى الصورية هو الوصول إلى إثبات أن المال مازال موجودا فى ذمة المتصـرف أو أن ما اتفق عليه لايطابق الحقيقة فى كنهه أو فى مقداره . ولايهمه الدافع الذى من أجله وقعت الصورية . وإذا كان الغش يقـع فـى الكثير من حالات الصورية فإنه لا يكون سوى دليل عليها ، وليس شرطا لاستعمال الدعوى [٢].

٣٦٣- الصورية تكون فى التصرفات القانونية والأحكام :

كما تكون الصورية فى العقود سواء كانت عرفية أو رسـمية، تكون أيضا فى الأعمال القانونية الصادرة من جانب واحد ، بل قد

---

(١) عبد المنعم البدراوى ص ١٧٢ .

(٢) عبد المنعم الصده ص ٧٧ .

تكون فى الأحكام وبخاصة فى الأحكام التى تثبت صلحا بين خصمين أو تقضى برسو المزاد على شخص معين يكون مشتريا باسمه[١] .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " الصورية كما تكون فى العقود يصح أن تتصور فى الأحكام وبخاصة أحكام مرسى المزاد التى لاتتعدى مهمة القاضى فيها مجرد مراقبة استيفاء الإجراءات الشكلية ثم إيقاع البيع لمن يظهر أن المزاد رسا عليه " .

(طعنان رقما ٢٤، ٢٦ لسنة ١١ق جلسة ١٩٤١/١٢/١١)

٢- " الصورية كما ترد على العقود ترد على الأحكام وبخاصة أحكام رسو المزاد التى لاتتعدى مهمة القاضى فيها مجرد مراقبة استيفاء الإجراءات الشكلية ثم إيقاع البيع لمن يظهر أن المزاد رسا عليه ، وكان لمحكمة الموضوع أن تستقل وحدها بتصوير وقائع النزاع دون معقب مادام تصويرها يستند إلى ما هو ثابت من أوراق الدعوى وملابساتها ، فإن الحكم المطعون فيه إذ أقام قضاءه على ما خلص إليه من صورية دين النفقة وإجراءات التنفيذ به التى انتهت إلى إيقاع البيع على الطاعنة صورية قوامها تواطؤ الطاعنة مع المطعون عليه الثانى بقصد الإضرار بالمطعون عليها الأولى،

---

(١) سليمان مرقس ص ٢٥٣ .

فإنه يكون قد كشف عن بيان الصورية التى اقتنعت بهـا محكمـة الموضوع . ولا يكون قد خالف القانون إذا أعمل الأثـر القـانونى المترتب على هذه الصورية وهو إهدار حكم مرسى المزاد والقضاء للمطعون عليها الأولى بصحة ونفاذ العقد ".

(طعن رقم ٧٧٩ لسنة ٤٣ ق جلسة ١٩٧٨/١/١٧)

٣- " الصورية – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة- كما ترد على العقود ترد على الأحكام وبخاصة أحكام رسو المزاد التى لاتتعدى مهمة القاضى فيها مجرد مراقبـة اسـتيفاء الإجـراءات الشكلية ثم إيقاع البيع لمن يظهر أن المزاد رسا عليه ".

(طعن رقم ٨٢٩ لسنة ٤٣ ق جلسة ١٩٨٠/١١/٦)

غير أنه لما كان الطعن بالصورية لايجرد الحكم مـن أركانـه الأساسية ، فإنه لايجوز رفع دعوى ببطلان الحكم للصورية .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" السبيل لبحث أسباب العوار التى قد تلحق بالأحكام هو الطعن عليها بطرق الطعن التى حددها القانون على سبيل الحصر ، فـإذا كان الطعن غير جائز أو كان قد استغلق فلا سبيل لإهدارها بدعوى بطلان أصلية لمساس ذلك بحجيتها إلا إذا تجردت هذه الأحكام من أركانها الأساسية . وإذ كان الطعن بالصورية لا يجرد الحكم مـن

أركانه الأساسية ، فإنه يكون من غير الجائز رفع الدائن لـدعوى بطلان الحكم – الصادر ضد مدينه – للصورية " .

(طعن رقم ٥٦٧ لسنة ٤٢ ق جلسة ١٩٨٠/١/٢٤)

كما ترد الصورية على السند التنفيذى .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" إذا كان الحكم الابتدائى الذى أيده الحكم المطعون فيه وأحـال إلى أسبابه قد نحى نفسه عن الفصل فـى موضـوع الاعتـراض تأسيسا على أن دعوى الاعتراض ليست محلا للفصل فى الادعـاء بصورية سند التنفيذ وأن مجال الفصل فيها يكـون أمـام محكمـة الموضوع التى تحقق جدية الدين وتقضى فيه بحكم حاسـم ، ولـم يكن تخلى المحكمة عن الفصل فى موضـوع الاعتـراض عمـلا برخصة التنحى المخولة لها بالمادة ٦٤٨ من قـانون المرافعـات وإنما على أساس أنها لا تملك بحث هذا الموضوع ، فإن ذلك يكون إعمالا لفهم المحكمة الخاطئ لنص المـادة ٦٤٨ المشـار إليـه ، ويؤدى إلى عدم التعرف على حقيقة قضائها فيما لو فهمـت هـذا النص على وجهه الصحيح ، وبذلك يكون الحكم المطعون فيه قـد خالف القانون " .

(طعن رقم ٣٤ لسنة ٣٤ ق جلسة ١٩٦٧/٦/٢٧)

٣٦٤ـ صورية التفاسخ :

قد يكون التفاسخ الذى يبرم بين المتعاقدين كالبائع والمشترى صوريا . وهنا يجوز إثبات هذه الصورية ، فيضحى العقد الذى أبرمه المتعاقدان قائما بينهما .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" إذ كان الحكم المطعون فيه قد قضى بصورية التفاسخ- عن عقد البيع الأول – الذى تضمنه عقد الصلح – المبرم بين طرفى هذا العقد – بعد أن بحث أركان عقد البيع المذكور وشروطه وتحقق من صحته وتوافر أركانه ونفاذه بين عاقدية . فإنه يكون بذلك قد قضى ضمنا بصحة ذلك العقد ، الذى رتب عليه القضاء بصحة عقد البيع الثانى (الصادر من المشترية الأولى إلى المشترى الأخير) " .

(طعن رقم ٣٥٣ لسنة ٣٦ ق جلسة ١٩٧١/٣/١٨)

٣٦٥ـ أوراق المجاملة :

قد يحدث أن يعطى شيك أو كمبيالة لشخص ليظهر أمام الغير بوجود أموال لديه ، فتكون الورقة صورية لاوجود لها فيما بين الساحب والمستفيد ، لكن إذا قام المستفيد بتظهيرها وسلمها للغير ، فإن هذا الغير لايحاج بالصورية إلا إذا كان على علم بها ويتحمل الساحب إثبات ذلك بكافة الطرق .

ولكن إذا أعطيت الورقة ضمانا من الساحب لـدين فـى ذمـة المضمون ، انتفت عنها الصورية وكان الساحب مسئولا عن الوفاء بالدين للمستفيد من الورقة ويكون له بعد ذلك الرجوع على المـدين المضمون وله إدخاله فى الدعوى ليقضى عليه بما عسى أن يقضى به فى الدعوى الأصلية [(١)].

٣٦٦- لا صورية فى الزواج أو الطلاق أو العتاق :

لاتجوز الصورية فى الزواج أو الطلاق أو العتاق باعتبارها من الأحكام الشرعية لقول الرسول عليه السلام " ثـلاث جـدهن جـد وهزلهن جد ،النكاح ، والطلاق ، والعتاق " ، وقوله عليه السـلام " إن من لعب بطلاق أو عتاق لزمه "[(٢)].

٣٦٧- التمييز بين الصورية وبين بعض الحالات المتشابهة :

(أ) التمييز بين الصورية والتدليس :

تتميز الصورية عن التدليس فى أنه فى الأولى لايـدلس أحـد المتعاقدين على الآخر ، بل إنهما يتفقان معا على إخفاء أمر معين ، كأن يذكرا مثلا أن العقد بيع وهو فى حقيقته هبة ، أما فى التدليس، فإنه عمل يقوم به أحد المتعاقدين لإيهام المتعاقد الآخر بغير الحقيقة وحمله على التعاقد ، فهو أمر يستقل به ، متعاقد واحـد ، ويكـون الآخر ضحية له [(٣)].

---

(١) المستشار أنور طلبه ص ٤٧٤ .
(٢) المستشار أنور طلبه ص ٤٧٢ .
(٣) محمد على عمران ص ١٠٥ .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" إن الحكم بصورية العقد لايستلزم إثبات سوء نية الطرفين فيه. ومع ذلك إذا كان الحكم قد استظهر هذا الأمر فلا يصح تعييبه به " .

(طعن رقم ٩٤ لسنة ٨ ق جلسة ١٩٣٩/٥/١١)

(ب) التمييز بين الصورية والتحفظ الذهنى :

قد لايتطابق التعبير الظاهرى عن الإرادة ، والكائن فى النفس، أو بعبارة أخرى قد لاتتطابق كل من الإرادة الباطنة والإرادة الظاهرة ويحدث هذا إذا اقترن التعبير عن الإرادة بالتحفظ الذهنى. ويختلف التحفظ الذهنى المقترن بالإرادة الخارجية عن الصورية فى أن الأول خاص بأحد المتعاقدين والثانى تعبير عما اتفق عليه كل من المتعاقدين لا واحد منهم فقط [١].

(ج) التمييز بين دعوى الصورية والدعوى البوليصية :

الدعوى البوليصية ، يطعن فيها الدائن فى تصرف جدى أضر بحقوقه طالبا عدم نفاذه فى حقه . فى حين أنه فى الدعوى الصورية يطعن الدائن فيها فى تصرف مدينه بالصورية ، أى تتجه إلى أن المال محل التصرف لم ينتقل فى الحقيقة إلى المتصرف إليه بل لازال على ملك المدين . أو بأنه يستر فى الحقيقة عقدا آخر أشد ضررا من العقد الظاهر .

---

(١) محمد على عمران ص ١٠٥ .

ويتضح من هذا الفارق الجوهرى بين الدعويين الفروق التفصيلية الآتية :

١- نظرا لأن الدعوى البوليصية أشد خطرا من دعوى الصورية ، إذ يكون الغرض منها عدم نفاذ تصرف معين فى حق الدائن ، فإن شروط الدعوى البوليصية تكون أشد من شروط استعمال دعوى الصورية . فإذا كان يشترط لاستعمال الدعوى البوليصية أن يكون حق الدائن مستحق الأداء ، فإنه يكفى فى دعوى الصورية أن يكون حق الدائن ثابتا أى خاليا من النزاع . ولذلك يجوز لمن كان دينه مؤجلا أو معلقا على شرط أن يطعن بدعوى الصورية .

٢- لا يشترط فى دعوى الصورية أن يقصد المدين الإضرار بالدائن . وعلى ذلك لا يكون على الدائن رافعها إثبات قصد الإضرار ، لأن الدائن لا يطلب سوى تقرير الحقيقة والكشف عن التصرف فى حقيقته . وفى هذا تختلف عن الدعوى البوليصية .

٣- لا يشترط فى دعوى الصورية أن يكون تصرف المدين قد سبب إعسار المدين أو زاد فى إعساره ، كما هو الحال فى الدعوى البوليصية ، لأن تقرير صورية التصرف هو كشف عن واقع ، ولا علاقة له إطلاقا بإعسار المدين .

ولكن يلاحظ أن هذا الحكم وإن كان مقبولا من الناحية النظرية، إلا أنه عملا لا يتصور أن يلجأ الدائن إلى الطعن بصورية تصرف المدين إلا إذا كان معسرا . فإذا كانت لدى المدين أموال تكفى

الوفاء بدينه ، لم يكن للدائن مصلحة ظاهرة فـــى أن يطعـــن فـــى التصرف بدعوى الصورية .

٤- لسائر المدينين - بصرف النظر عن تاريخ نشوء ديونهم- الاستفادة من الحكم الصادر بصورية التصرف ، فيكون لهم جميعا التنفيذ على العين محل التصرف الصورى مثلا ، بحكم أنهـــا لـــم تخرج من ذمة المدين . ودعوى الصورية فى هذا تشابه نوعا مـــا الدعوى غير المباشرة ، وتفترق عن الدعوى البوليصـــية ، حيـــث يقتصر الإفادة من الحكم على الدائنين السابقين للتصرف المطعـــون فيه .

٥- الدعوى البوليصية إنما يقتصر استعمالها على الدائن ، على حين أن الدعوى الصورية يجوز رفعها بواسطة كل شخص تضـــر به صورية التصرف ولو كان هو المتعاقد نفسه .

٦- لا تسقط دعوى الصورية بالتقادم ، أما الدعوى البوليصـــية فتسقط بالتقادم [١].

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" إنه بمقتضى المادة ١٤٣ من القانون المدنى يجوز للـــدائن أن يطعن على تصرف مدينه لإبطاله إما بالدعوى البوليصـــية وإمـــا بدعوى الصورية. والدعويان وإن كانتا تتفقان من ناحية أن أســـاس إبطال التصرف فيهما هو الإضرار بالغير إلا أنهما تختلفـــان مـــن حيث توجيه الطعن ومن حيث الغرض . ففى الدعوى البوليصـــية

---

(١) عبد المنعم البدراوى ص ١٦٩ ومابعدها .

يكون الطعن على التصرف من ناحية جديته ، ويكون الغرض من الطعن إعادة ملك المدين إليه لإمكان التنفيذ عليه واستيفاء الدائن حقه منه . أما فى دعوى الصورية فالطعن يكون بعدم جدية التصرف لمحو العقد الظاهر وإزالة كل أثر له وتقرير أن العين لم تخرج من يد المدين بحيث إذا كان قد تلقاها، عنه آخر أو نفذ عليها دائن له كان ذلك صحيحا . وإذن فلمن يطعن على التصرف أن يتخير من هاتين الدعويين الدعوى التى يتحقق بها غرضه . فإن كان قد اختار الدعوى بالصورية ، ورأت المحكمة صحة دعواه وقضت له بطلباته ، وكانت مع ذلك قد عرضت فى أثناء البحث إلى الدعوى البوليصية وتكلمت عنها فذلك منها يكون تزيدا لايستوجب نقض الحكم . ثم إن مدعى الصورية له أن يضم إلى طلب ملكيته للأرض موضوع الدعوى طلب إبطال التصرف الذى حصل فيها . وفى هذه يكون الحكم بثبوت الملك للمدعى وإبطال التصرف لثبوت صوريته سليما . ثم إنه إذا كان الحكم مؤسسا على الصورية فإن البحث فى أسبقية دين نازع الملكية (الطاعن بالصورية) على التصرف لا يكون له محل ".

(طعن رقم ٣١ لسنة ١٠ ق جلسة ١٩٤٠/١٢/١٢)

٣٦٨- الشروط اللازمة لتوافر الصورية :

يشترط لتوافر الصورية ما يأتى :

(أ)- اتجاه الإرادة إلى اتخاذ موقف قانونى حقيقى ، ويكون ذلك بإرادة واحدة أو بتوافق إرادتين حسبما يكون ذلك الموقف القانونى عملا قانونيا من جانب واحد أو عقدا .

واتجاه الإرادة إلى إبقاء ذلك الموقف الحقيقى خفيا وإلى ستره بموقف آخر ظاهر يغايره من جميع نواحيه أو من بعضها على الأقل .

فلا صورية فيما إذا صدر العقد الثانى بعد الأول ، وكان يشمل اتفاقا جديدا ، ولو ألغى الاتفاق العقد الأول أو عدل نتائجه. كما إذا تعاقد شخصان على بيع عين ، ثم اتفقا على فسخ البيع ، أو على تعديل شروطه ، فليس هناك صورية لأن العقد الأول كان جديا وقت صدوره وليس العقد الثانى إلا اتفاقا جديدا على إلغاء البيع أو تعديل شروطه .

(ب)- اتحاد وقت صدور العقدين :

ومعنى اتحاد وقت صدور العقدين ، (الحقيقى والصورى) فى وقت واحد ، الاتفاق عليهما فى وقت واحد ، أى الاتفاق على صورية العقد الظاهر وقت صدوره . ولو تأخر تدوين أحدهما عن تدوين الآخر ، فلا يمنع صورية العقد حصول صاحبه على ورقة الضد بعد صدوره .

فاتحاد التاريخ دليل على صورية العقد ولكن اختلاف التاريخ ليس دليلا قاطعا على جدية العقد [١]. وقد عبرت عن ذلك محكمة النقض بقولها : **إنه يكفى فى اعتبار الإقرار بمثابة ورقة ضد توافر المعاصرة الذهنية التى تربطه بالعقد وإن اختلف تاريخهما .**

إذ جرى قضاؤها على أن :

١- " إنه وفقا للمادة ٣٩٩ من القانون المدنى يجوز للبائع أن يثبت بأى طريق من طرق الإثبات أن العقد وإن كان بحسب نصوصه الظاهرة بيعا باتا فإنه فى حقيقة الأمر يستر رهنا حيازيا. وإذن فإذا كان الحكم قد استخلص من شهادة الشهود الذين سمعتهم المحكمة أن الإقرار الصادر بعد العقد محل الدعوى بحوالى أربعة سنوات إنما ينصب على هذا العقد واستنتج من عباراته أن الطرفين فىذلك العقد إنما قصدا به فى الحقيقة أن يكون ساترا لرهن حيازى فإنه لا يكون قد أخطأ ، إذ يكفى فى اعتبار الإقرار المذكور ورقة ضد توافر المعاصرة الذهنية التى تربطه بالعقد وإن اختلف تاريخهما ".

(طعن رقم ٥٠ لسنة ١٨ ق جلسة ١٩٤٩/١٢/١٥)

---

(١) المستشار عز الدين الدناصورى والدكتور عبد الحميد الشواربى الصورية فى ضوء الفقه والقضاء ١٩٨٦ ص ١٦ ومابعدها – سليمان مرقس ص ٢٥٣- عبد المنعم الصده ص ٧٧ ومابعدها .

٢- " إذ استخلص الحكم المطعون فيه مما أورده الخبير في تقريره أن الإقرار اللاحق للعقد محل الدعوى الموصوف بأنه عقد بيع بات إنما ينصب على هذا العقد واستنتج الحكم من عبارات هذا الإقرار- بما لا خروج فيه على المعنى الظاهر لها – أن العقد وإن كان في ظاهره بيعا إلا أن طرفيه إنما قصدا به في الحقيقة منذ البداية إلى أن يكون ساترا لرهن حيازى فإن الحكم لا يكون قد أخطأ ، إذ يكفي وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – في اعتبار الإقرار المذكور ورقة ضد توافر المعاصرة الذهنية التي تربطه بالعقد وإن اختلف تاريخهما " .

(طعن رقم ١٢١ لسنة ٣٩ ق جلسة ١٩٧٤/٤/٩)

ووجود المعاصرة الذهنية من عدمه ، مسألة متروكة لتقدير القاضي .

أحكام الصورية بالنسبة للغير :

٣٦٩ـ المقصود بالغير :

المقصود بالغير في الصورية دائنو المتعاقدين والخلف الخاص لهما ، وكذلك كل شخص آخر لم يكن طرفا في العقد أو خلفا عاما له ، تكون له مصلحة تجعله يستفيد أو يضار من التصرف الصوري[١] .

---

(١) عبد المنعم الصده ص ٧٨- عبد المنعم البدراوي ص ١٧٩ .

وفى هذا قضت محكمة النقض بـأن :

" الغير بالمعنى الذى تقصده المادة ٢٤٤ من القانون المدنى هو من يكسب حقه بسبب يغاير التصرف الصورى ، ولما كان الحكم المطعون فيه قد انتهى كما سلف القول إلى أن الطاعنة كانت أحد طرفى الإجراءات التى تمت بالتواطؤ بينهما وبين المطعون عليه الثانى والتى انتهت إلى إيقاع البيع عليها إضرارا بالمطعون عليها الأولى ، فإن الطاعنة بذلك لا تعتبر من طبقة الغير فى معنى المادة ٢٤٤ مدنى " .

(طعن رقم ٧٧٩ لسنة ٤٣ ق جلسة ١٩٧٨/١/١٧)

ونعرض لفئات الغير بالتفصيل فيما يلى :

(أ) – الدائنون العاديون للمتعاقدين :

يعتبر من الغير فى الصورية الدائنون العاديون للمتعاقدين ، سواء كان حق الدائن مستحق الأداء أم غير مستحق الأداء ، وسواء أكان حقه سابقا على التصرف الصورى أم لاحقا له ، بشرط أن يكون خاليا من النزاع . فلدائن البائع مثلا أن يتمسك بصورية عقد البيع حتى يظل المال المبيع فى ذمة المدين البائع وضمانا عاما له بالتالى .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" مؤدى نص الفقرة الأولى من المادة ٢٤٤ من القانون المدنى أنه إذا أبرم عقد صورى فلدائنى المتعاقدين وللخلف الخاص متى

كانوا حسنى النية أن يتمسكوا بالعقد الصورى ، فيجوز للخلف الخاص ولدائنى المتعاقدين ومنهم المشترى بعقد غير مسجل أن يتمسك- متى كان حسن النية وقت التعاقد . بالعقد الصورى المبرم بين مدينهما دون العقد الحقيقى وذلك حماية لحسن النية الذى لازم التصرف وهو الأمر الذى يقتضيه استقرار المعاملات ".

(طعن رقم ١١٧٣ لسنة ٥٤ ق جلسة ١٩٨٨/٥/٨)

(ب)- الخلف الخاص للمتعاقدين :

يعد غيرا فى هذا الخصوص الخلف الخاص وهو من انتقل إليه من أحد طرفى العقد حق خاص على مال معين بالذات . كمن اكتسب من أحد المتعاقدين ملكية العين موضوع التصرف أو كسب عليها حقا عينيا آخر كانتفاع أو رهن ، سواء اكتسب هذا الحق قبل التصرف الصورى أو بعده .

فمثلا لو تم عقد صورى بين شخصين ، اعتبر من الغير من كسب من البائع أو المشترى حقا على العين سواء كسبه قبل البيع الصورى أو بعده ، كالمشترى والموهوب إليه والدائن المرتهن ، والمحال بالدين إذ هو خلف خاص للمحيل فى الحق المحال به . فمثلا لو تصرف شخص فى عقار له مرتين بالبيع ، وكان التصرف الأول صوريا ، استطاع المشترى الثانى أن يطعن بصورية هذا البيع الأول ولو كان مسجلا ، حتى يتمكن من تسجيل عقده. ولا يحول دون ذلك أن يكون عقد المشترى الطاعن غير ثابت التاريخ أو أن يكون تاريخه لاحقا لتاريخ العقد المطعون فيه .

وكذلك يجوز للدائن المرتهن- وهو خلف خاص- أن يطعن بالصورية فى البيع الصادر من المدين الراهن ، حتى لايضطر إلى اتخاذ إجراءات التنفيذ فى مواجهة مشترى العقار المرهون (ويسمى حائز العقار المرهون). ومن ذلك أن يطعن مشترى العقار المؤجر بصورية عقد إيجار العقار المبيع ، حتى لا يكون هذا العقد نافذا فى مواجهته .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " للمشترى الذى لم يسجل عقده أن يتمسك بصورية عقد المشترى الآخر الذى سجل عقده صورية مطلقة ليتوصل بذلك إلى محو هذا العقد من الوجود لكى يحكم له هو بصحة عقده ويسجل هذا الحكم فتنتقل إليه ملكية العين المبيعة ، إذ أنه بصفته دائنا للبائع فى الالتزامات المترتبة على عقد البيع الصادر له يكون له أن يتمسك بتلك الصورية أيا كان الباعث عليها لإزالة جميع العوائق التى تصادفه فى سبيل تحقيق أثر عقده ".

(طعن رقم ١٤٤٧ لسنة ٥٠ ق جلسة ١٩٨٤/٦/٧)

٢- " مشترى العقار بعقد غير مسجل يعتبر- وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة- من الغير بالنسبة لعقد البيع الآخر الصادر من البائع له عن ذات المبيع وله باعتباره خلفاً خاصا أن يتمسك بصورية هذا العقد صورية مطلقة وأن يثبت هذه الصورية بطرق الإثبات كافة وفقا لصريح المادة ٢٤٤ من القانون المدنى ".

(طعن رقم ٢١٤٦ لسنة ٥٥ ق جلسة ١٩٩٠/٢/٧)

(ج)- كل شخص تكون له مصلحة تجعله يستفيد أو يضـار من التصرف الصورى :

يعتبر من الغير أيضا رغم عدم إشارة القانون إليه ، كل شخص آخر تكون له مصلحة تجعله يستفيد أو يضـار مـن التصـرف الصورى ، وإن لم يكن من دائنى أحد المتعاقدين أو مـن الخلـف الخاص لأحدهما . كالشفيع بالنسبة للعقد الذى يشفع فيه فله أن يثبت بكل طرق الإثبات أن الثمن المذكور فى العقد هو ثمـن صـورى مبالغ فيه أو أن العقد الموصوف بأنه هبة هو فى حقيقته بيع ، وإنما وصف هبة لمنعه من أخذ العقار بالشفعة(١).

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" الشفعاء يعتبرون من طبقة الغير بالنسبة لعقد البيع المبرم بين الطاعنين - المشترين- وبين المطعون عليهما التاسع والعاشـر - البائعين- فيجوز لهم إثبات صورية ذلك العقد . بجميع الطرق ومن بينها البينة والقرائن . أخذا بأن الصورية بالنسبة للغير تعتبر واقعة مادية، لا تصرفا قانونيا وذلك سواء وصف ذلك العقد بأنه بيـع أو هبة مستترة فى صورة عقد بيع " .

(طعن رقم ٦٠ لسنة ٣٦ ق جلسة ١٩٧٠/٤/١٤)

---

(١) عبد المنعم البدراوى ص ١٨٠- نبيل إبراهيم سعد ص ١٤٨ .

٣٧٠ـ أمين التفليسة يعتبر من الغير فى أحكام الصورية بالنسبة للعقود الصورية التى تصدر من المفلس :

إذا حكم بإشهار إفلاس المدين التاجر فإن أمين التفليسة يعتبر من الغير فى أحكام الصورية بالنسبة للعقود الصورية التى تصدر بعد تاريخ توقفه عن الدفع منسوبة إلى أشخاص آخرين سواء كانت من أعمال الإدارة كما إذا استأجر المدين شقة أو محلا إلا أنه حرر العقد على خلاف الحقيقة باسم زوجته كان لأمين التفليسة أن يثبت صورية التصرف بطرق الإثبات كافة ومنها شهادة الشهود وقرائن الأحوال أو كانت من أعمال التصرف كما إذا باع شيئا من أملاكه بعقد بيع صورى ناسبا صدوره إلى زوجته فإن أمين التفليسة يجوز له إثبات صورية العقد وأن المدين هو البائع الحقيقى وأنه اختفى وراء زوجته[١] .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" لما كان المطعون عليه (وكيل الدائنين فى تفليسة المدين) يعتبر من الغير فى أحكام الصورية بالنسبة لعقد الإيجار الصادر عن الجراح باسم زوجة المدين المفلس ولايتقيد فى إثبات حقيقة العقد بعباراته ونصوصه فإن الحكم المطعون فيه إذ استند إلى الأدلة والقرائن التى ساقها فى إثبات أن المدين هو المستأجر الحقيقى فى هذا العقد إنما يكون قد استظهر الحقيقة من الظروف

---

(١) الدناصورى والشواربى ص ١٩٤ .

التى أحاطت تنفيذ العقد ولا يكون قد مسخه أو خرج عن قواعد التفسير " .

(طعن رقم ٣٢٦ لسنة ٣٤ ق جلسة ١٩٦٨/٦/١١)

أثر العقد الصورى بالنسبة للغير :

القاعدة فى هذا الشأن أنه إذا أبرم عقد صورى ، فللغير أن يتمسك بالعقد الصورى أو بالعقد المستتر وفقا لمصلحته .

٣٧١ـ أولاً : التمسك بالعقد المستتر :

للغير أن يتمسك بالعقد المستتر (الحقيقى) ، وعلى ذلك إذا باع شخص مالا من أمواله بيعا صوريا صورية مطلقة ، كان لدائن البائع أن يتمسك بالحقيقة أى بعدم حصول بيع ، وذلك حتى يعتبر المال باقيا فى ملك البائع ، فيستطيع أن ينفذ عليه .

كذلك إذا رهن شخص عقارا رهنا صوريا صورية مطلقة كان لمشترى هذا العقار أن يتمسك بالحقيقة أى بعدم وجود رهن ، وذلك حتى تخلص له ملكية العقار الذى اشتراه غير محملة بالرهن .

وإذا وهب شخص لآخر مالا وسترا الهبة فى صورة بيع ، يكون لدائن الواهب أن يتمسك بالعقد الحقيقى وهو الهبة ، وذلك حتى يستطيع الطعن فى هذا العقد بالدعوى البوليصية دون حاجة إلى إثبات الغش [١].

---

(١) الدكتور محمد لبيب شنب دروس فى نظرية الالتزام ص ٢٧٩ – محمد على عمران ص ١٠٩ ومابعدها .

٣٧٢- إثبات الصورية :

يقع على الغير الذى يتمسك بالعقد المستتر أن يثبت صورية العقد الظاهر . وهو يستطيع أن يفعل ذلك بجميع وسائل الإثبات. ولو كانت قيمة التصرف تزيد على خمسمائة جنيه ، ولو كان التصرف الظاهر مكتوبا . لأن الصورية بالنسبة للغير تعتبر واقعة مادية لا تصرفا قانونيا ، فيجوز إثباتها بجميع الطرق [1]. وعلى هذا نصت الفقرة الأولى من المادة ٢٤٤ صراحة .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- " مفاد نص المادة ١/٢٤٤ من القانون المدنى أن لدائنى المتعاقدين وللخلف الخاص أن يثبتوا بكافة الطرق صورية العقد الذى أضر بهم أما المتعاقدان فلا يجوز لهما إثبات ما يخالف ما اشتمل عليه العقد المكتوب إلا بالكتابة .. الخ " .

(طعن رقم ٣٦٩ لسنة ٤٣ ق جلسة ١٩٧٦/١٢/٢١)

٢- " إنه وإن كان مفاد نص المادة ٩٣٨ من التقنين المدنى أنه إذا صدر من مشترى العقار المشفوع فيه بيع لمشتر ثان قبل إعلان أية رغبة فى الأخذ بالشفعة أو قبل أن يتم تسجيل هذه الرغبة ، فإنه يسرى فى حق الشفيع ، ولايجوز الأخذ بالشفعة إلا من المشترى الثانى ، وبالشروط التى اشترى بها ، إلا أن ذلك مشروط بألا يكون

---

(٢) السنهورى جـ٢ ص ١٠٣١ – اسماعيل غانم ص ٢٠٦ – محمد لبيب شنب ص ٢٧٩ .

البيع الثانى صوريا ، فإذا ادعى الشفيع صوريته، كان من حقه - باعتباره من الغير - إثبات الصورية بكافة طرق الإثبات بما فيها البينة والقرائن ، فإن أفلح اعتبر البيع الصادر من المالك للمشترى الأول قائما وهو الذى يعتد به فى الشفعة دون البيع الثانى الذى لاوجود له " .

(طعن رقم ٧٥١ لسنة ٤١ ق جلسة ١٩٧٥/٦/١١)

٣- " متى كانت المطعون عليها الأولى- المالكة الأصلية والبائعة المطعون عليها الثانية بالعقد الصورى تعتبر من الغير بالنسبة لعقد البيع الصادر من المطعون عليها الثانية إلى الطاعن- عن ذات القدر- وكان لها بالتالى أن تثبت صوريته بكافة طرق الإثبات ، وقد قضت محكمة أول درجة بإحالة الدعوى إلى التحقيق لتثبت المطعون عليها الأولى صورية هذا العقد صورية مطلقة ، وكان الحكم المطعون فيه قد انتهى فى أسباب سائغة إلى أن عقد الطاعن صورى ورتب على ذلك قضاءه برفض دعواه بصحة ونفاذ عقده ، فإن النعى على الحكم بعدم جواز إثبات صورية عقده بغير الكتابة يكون غير سديد ".

(طعن رقم ٤٦٦ لسنة ٤٣ ق جلسة ١٩٧٧/١/٣١)

٤- " المشترى يعتبر من الغير فى أحكام الصورية بالنسبة للتصرف الصادر من نفس البائع إلى - مشتر آخر وله وفقا لصريح نص المادة ٢٤٤ من القانون المدنى أن يثبت صورية العقد

الذى أضر به بطرق الإثبات كافة ولو كان العقد المطعون فيه مسجلا ، فالتسجيل ليس من شأنه أن يجعل العقد الصورى عقدا جديا كما أن التسجيل لا يكفى وحده لنقل الملكية بل لابد أن يرد على عقد جدى ".

(طعن رقم ١٤٤٧ لسنة ٥٠ ق جلسة ١٩٨٤/٦/٧)

٥- من المقرر أنه لايجوز للقاضى من تلقاء نفسه رفض الإثبات بالبينة حيث يوجب القانون الإثبات بالكتابة ، من غير طلب من الخصوم ، وكانت المطعون ضدها الأولى لم تدفع بعدم جواز إثبات صورية عقدها صورية مطلقة بالبينة ، فإن الثابت كذلك من الأوراق أن الطاعن كان قد اختصم بعقد بيع سبق أن صدر إليه عن ذات المبيع ومن نفس البائع إلى المطعون ضدها الأولى فإنه بذلك يعتبر من الغير بالنسبة لعقدها يجوز له عند ادعائه صوريته إثبات هذه الصورية بجميع طرق الإثبات ، لما هو مقرر- فى قضاء هذه المحكمة- أن للمشترى ولو لم يكن عقده مسجلا أن يتمسك بصورية عقد المشترى الآخر الذى سجل عقده صورية مطلقة ليتوصل بذلك إلى محو هذا العقد من الوجود إذ أنه بصفته دائنا للبائع فى الالتزامات المترتبة على عقد البيع الصادر إليه يكون له أن يتمسك بتلك الصورية لإزالة جميع العوائق التى تصادفه فى سبيل تحقيق أثر عقده ويصبح له بهذه الصفة- وفقا لصريح نص المادة ١/٢٤٤ من القانون المدنى- أن يثبت صورية العقد الذى

أضر به بطرق الإثبات كافة باعتباره من الغير فى أحكام الصورية بالنسبة للتصرف الصادر من نفس البائع إلى مشتر آخر . وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر وامتنع عن إجابة طلب الطاعن إحالة الدعوى إلى التحقيق باعتبار أنه وارث للبائع لايجوز له إثبات صورية عقد المطعون ضدها الأولى إلا بما كان يجوز لمورثه من طرق الإثبات من غير أن تتمسك المطعون ضدها الأولى بذلك ودون الاعتداد بصفة الطاعن كمشتر من نفس البائع بما يتيح له بهذه الصفة إثبات الصورية بجميع الوسائل على نحو ما سلف بيانه ، فإنه يكون قد خالف القانون ".

(طعن رقم ٤٤٤٦ لسنة ٦٥ ق جلسة ١٩٩٦/٥/١٦)

٦- لما كان الحكم المطعون فيه قد استدل على صورية عقد شراء الطاعنة لعين التداعى لمجرد تراخى تنفيذه على الطبيعة من وقت إبرامه فى ١٩٨٨/١٢/١ حتى ١٩٩٦ ولأن الطاعنة قد تقدمت مع آخرين بشكوى للمدعى العام الاشتراكى ضد المطعون ضدهما الثانى والثالث لقيامهما ببيع وحدات سكنية من بينها عين النزاع أكثر من مرة وقد قضى ضدهما بالحبس فى الجنحة رقم ... جنح حلوان لبيعهما الشقق لأكثر من شخص ولما كان مجرد تأخير تنفيذ عقد شراء الطاعنة لعين النزاع من وقت إبرامه فى ١٩٨٨/١٢/١ حتى عام ١٩٩٦ لا يدل بذاته على صورية وعدم جدية هذا العقد هذا بالإضافة إلى أن شكاية الطاعنة للمدعى العام الاشتراكى ضد

المطعون ضدهما الثانى والثالث لتكرار بيعهما شقة التداعى أكثر من مرة ولأكثر من شخص وإدانتهما جنائياً لهذا السبب لا يتأتى منطقا ولا عقلا اعتباره قرينة على صورية عقد شراء الطاعنة لعين التداعى ويكون الحكم بهذه المثابة قد أقام قضاءه بصورية العقد المؤرخ ١٩٨٨/١٢/١ على قرائن معيبة ورتب على ذلك قضاءه بعدم نفاذ هذا العقد فى حق المطعون ضدها الأولى فإنه يكون معيبا بالفساد فى الاستدلال والقصور فى التسبيب ".

(طعن رقم ٥٠٥٨ لسنة ٧٢ ق جلسة ٢٠٠٤/٤/١٥)

٣٧٣- تقدير الادعاء بالصورية من سلطة قاضى الموضوع:

تقدير الادعاء بالصورية هو مما يستقل به قاضى الموضوع لتعلقه بفهم الواقع فى الدعوى دون أى رقابة لمحكمة النقض إلا أن شرط ذلك أن يكون استخلاص جدية الادعاء بالصورية أو عدم جديته سائغا ومستمدا مما له أصله الثابت بالأوراق ويؤدى إلى النتيجة التى انتهى إليها .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- " لاتعارض بين أن يكون المشترى فى حالة تمكنه من دفع الثمن وأن يكون الشراء الحاصل منه صوريا ، إذ لا تلازم بين حالة الإعسار وصورية العقد . فإذا اقتنعت المحكمة بأن تصرفا ما كان صوريا فليس هناك ما يحتم عليها أن تعرض بالبحث

للمستندات المقدمة من المشترى إثباتا ليسره ومقدرته علــى دفــع الثمن ، فإن هذا لايقدم ولا يؤخر ".

(طعن رقم ٥٣ لسنة ١٠ ق جلسة ١٩٤١/١/٢)

٢- " إذا تنازع مشترى العقار الذى لم يسجل عقده مع مشــتر ثان سجل عقده ، وطعن المشترى الأول بصورية العقــد الثــانى ، وقضت المحكمة بصوريته بانية حكمها على وضع يــد المشــترى الأول على العين المبيعة ، وعلى تأشــيرة المســاحة علــى عقــد المشترى الثانى بأنه قد رفعت عن هذه العين دعوى صــحة تعاقــد من المشترى الأول ، وعلى علاقة المصاهرة بين البائع والمشترى الثانى ، وعلى أنه ليس من المعقول أن يجازف هذا المشترى بدفع قيمة الثمن كله – كما ورد فى عقده – فى حين أنه لايجهل أن على الأرض دينا ممتازا ، وعلى ما قرره الشهود فى التحقيق من أنهــم يعلمون أن عقد المشترى الثانى صورى وأنه فقير لا ملك له ، وما قرره شهود المشترى الثانى من أنهم – على خلاف ما ادعى – لــم يحضروا مجلس العقد ولم يشاهدوا دفعه الثمن إلى البــائع – فهــذه الأسباب من شأنها أن تؤدى إلى الصورية التى قالت بها المحكمة، ولا يكون ثمة مجال للطعن على الحكم من هذه الناحية ".

(طعن رقم ٩٥ لسنة ١٥ ق جلسة ١٩٤٦/٦/٦)

٣- " إذا كان الحكم قد أقام قضاءه بصــورية عقــد علــى أن المشترى قد اشترى العين مع علمه بسبق تصرف بائعه فــى هــذه العين لغيره وبوضع يد هذا الغير عليها من تاريخ شرائه وتوانيــه

هو فى رفع دعواه بصحة التعاقد الحاصل معه إلى ما بعد مضى سنة من تاريخ عقده، فهذا الحكم يكون قاصرا إذ هذه القرائن لاتؤدى إلى الصورية التى انتهى إليها "

(طعن رقم ٢٠٧ لسنة ١٧ ق جلسة ١٩٤٩/١٢/١٥)

٤- " إن تقدير كفاية أدلة الصورية مما يستقل به قاضى الموضوع ، فإذا هو رفض الدفع بالصورية بناء على أن كلا من طرفى الدعوى قد طعن على عقد الآخر بأنه صورى وأن ما قدمه كل منهما فى سبيل تأييد دفعه من قرائن منها صلة القرابة بين البائع والمشترى وبخس الثمن وعدم وضع اليد تنفيذا للبيع لاتكفى وحدها دليلا على الصورية فلا يقبل الطعن فى حكمه بالقصور".

(طعن رقم ١٧٦ لسنة ١٨ ق جلسة ١٩٥٠/٦/١)

٥- " إذا كان الحكم المطعون فيه قد استند فيما انتهى إليه من صورية عقد الإيجار إلى عديد من القرائن وإلى ما شهد به شاهد المطعون عليه ، وإذ كانت هذه الشهادة تعتبر دعامة تكفى لحمل الحكم ولم تكن محل تعييب من الطاعن ، فإن النعى على الحكم لاستناده إلى ما ساقه من قرائن- أيا كان وجه الرأى فيه - يكون نعيا غير منتج ولا جدوى منه " .

(طعن رقم ٤ لسنة ٤٣ ق جلسة ١٩٧٧/٥/٤)

٦- " المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن تقدير أدلة الصورية هو مما يستقل به قاضى الموضوع لتعلقه بفهم الواقع فى الدعوى

وحسبه أن يبين الحقيقة التى اقتنع بها وأن يقيم قضاءه على أسباب سائغة تكفى لحمله ولا عليه بعد ذلك أن يتتبع الخصوم فى مختلف أقوالهم وحججهم وطلباتهم ويرد استقلالا على كل قول أو حجة أو طلب أثاروه مادام أن قيام الحقيقة التى اقتنع بها أو أورد دليلها فيه الرد الضمنى المسقط لتلك الأقوال والحجج والطلبات "

(طعن رقم ١٣٠٥ لسنة ٥٠ ق جلسة ١٩٨٤/٥/٨)

٧- " المقرر فى قضاء هذه المحكمة- أن لمحكمة الموضوع مطلق السلطة فى تقدير الأدلة التى تأخذ بها فى ثبوت الصورية أو نفيها وفى تقدير أقوال الشهود واستخلاص الواقع منها ولا معقب عليها فى تكوين عقيدتها مما يدلى به شهود الطرفين مادامت لم تخرج بذلك عما تحتمله أقوالهم ".

(طعن رقم ١٢٥٦ لسنة ٥٣ ق جلسة ١٩٨٧/٢/٢٥)

٨- " المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن لقاضى الموضوع السلطة فى تقدير الأدلة التى يأخذ بها فى ثبوت الصورية أو نفيها لتعلقه بفهم الواقع فى الدعوى كما أنه يستقل بتقدير أقوال الشهود ولو كانت سماعية حسبما يطمئن إليه وجدانه وأن يستخلص منها ما يرى أنه الواقع فى الدعوى مادام لم يخرج بتلك الأقوال عما يؤدى إليه مدلولها وأن يكون ما يستخلصه منها ومن سائر الأدلة فى الدعوى سائغا ومن شأنه أن يؤدى إلى النتيجة التى انتهى إليها ".

(طعن رقم ٢٤٣٤ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٩٣/١/٧)

٩- " إذا اعتمد الحكم المطعون فيه على هذه الورقة ومع دليل آخر فى القضاء بصورية عقدى الطاعنين بحيث لا يبين أثــر كــل منهما على حدة فى تكوين عقيدة محكمة الموضوع فإنه وقد ثبــت فساد هذا الدليل على النحو آنف البيان فإنه يتعين القضـــاء بــنقض الحكم ".

(طعن رقم ١٠٢٦ لسنة ٦٣ ق جلسة ١٩٩٣/١٢/٧)

١٠- " من المقرر – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمـــة- أن لقاضى الموضوع السلطة فى تقدير الأدلة التى يأخذ بهـــا فـــى ثبوت الصورية أو نفيها ، إلا أن مناط ذلك أن يكون الدليل الـــذى أخذ به مستمدا من أوراق الدعوى ومستخلصـــا منهـــا استخلاصـــا سائغاً " .

(طعن رقم ٢٢٣٦ لسنة ٥٩ ق جلسة ١٩٩٤/١١/٢٣)

١١- " وحيث إن هذا النعى غير مقبول ذلك أن المقـــرر فـــى قضاء هذه المحكمة أن استخلاص الصورية من أدلتها مما يستقل به قاضى الموضوع لتعلقه بفهم الواقع فى الدعوى من حقه وهو فـــى مقام الموازنة بين أدلة الإثبات وأدلة النفى أن يأخذ ببعضها ويطرح البعض الآخر ، كما أن له السلطة فى تقدير أقوال الشهود حســبما يطمئن إليه وجدانه ، وأن يستخلص منها ما يرى أنه الواقـــع فـــى الدعوى مادام استدلاله سائغاً مستمدا من أصل ثابت فى الأوراق".

(طعن رقم ٢٤٢٣ لسنة ٧٠ ق جلسة ٢٠٠١/٤/١٠)

غير أنه لايجوز لمحكمة الموضـوع أن تعـول فـى إثبـات الصورية أو نفيها على التصرف ذاته المدعى بصوريته أو علـى نصوص المحرر المثبت له .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" لئن كانت محكمة الموضوع تستقل بتقدير أدلة الصـورية إلا أنها لايجوز لها أن تعول فى إثبـات الصـورية أو نفيهـا علـى التصرف ذاته المدعى بصوريته أو على نصوص المحرر المثبـت له ".

(طعن رقم ١٦٥٠ لسنة ٥٥ ق جلسة ١٩٨٦/١١/٢٠)

٣٧٤ـ أثر إثبات الصورية :

يترتب على إثبات التصرف الحقيقى ، أن هذا التصـرف هـو الذى يعمل به ، وينتج أثره فى العلاقة بين الغير وأطـراف ذلـك التصرف .

٣٧٥ـ ثانيا : تمسك الغير بالعقد الصورى :

أجازت المادة لدائنى المتعاقدين وللخلـف الخـاص أى للغيـر بصفة عامة – فى صدد الصورية– متى كـانوا حسـنى النيـة أن يتمسكوا بالعقد الصورى . فيكون للغير التمسك بالعقـد الصـورى (الظاهر) متى وجد مصلحته فى ذلك .

وأساس هذه القاعدة يكمن فى الرغبة فى حماية الغير حسن النية ضمانا لاستقرار التعامل ، فقد خلق العقد الصورى مظهرا اطمأن إليه الغير وتعاملوا على أساسه ، فى وقت لم يكن الغير يستطيع فيه الكشف عن حقيقة التصرف .

٣٧٦- التمسك بالعقد الصورى مشروط بحسن النية :

رأينا فى البند السابق أن أساس حق الغير فى التمسك بالعقد الصورى يكمن فى الرغبة فى حماية الغير حسن النية ضمانا لاستقرار التعامل .

ولذلك وجب – لكى يتمسك الغير بالعقد الصورى– أن يكون حسن النية . **ويكون الغير حسن النية إذا كان يجهل وقت نشوء حقه بصورية العقد** ، أى أن يكون قد تعامل على أساس العقد الظاهر معتقدا أنه عقد جدى لا صورى . أما إذا كان الغير سئ النية بأن كان يعلم وقت نشوء حقه بصورية العقد ، فلا يكون له التمسك بالعقد الصورى لأنه يعلم أنه غير حقيقى ، فلا يكون فى إعمال العقد الحقيقى أية مفاجأة بالنسبة له ، وبالتالى لا يمس هذا الإعمال باستقرار المعاملات .

والمفروض أن الغير حسن النية لايعلم بالعقد المستتر . وعلى من يدعى العكس أن يثبت ما يدعيه [١].

وبالترتيب على ذلك .

---

(١) محمد لبيب شنب ص ٢٨٠– اسماعيل غانم ص ١١ .

١- إذا كان دائن المشترى معتمدا على البيع الصادر لمدينه، قد قام بإجراءات التنفيذ على العين المشتراه ، فلا يجوز للبائع أن يطلب بطلان التنفيذ محتجا بصورية البيع ولو قدم تأييدا لادعائه ورقة الضد . إذ للدائن فى هذه الحالة أن يتمسك بالعقد الظاهر طالما أنه لم يثبت علمه بصوريته .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " إذا صدرت من المشترى ورقة ضد اعترف فيها بصورية البيع، ثم أجرى دائنه التنفيذ على العقار المبيع ، وقام النزاع بين البائع والدائن على ملكية المشترى وصحة إجراءات التنفيذ ، فاعتبر الحكم ورقة الضد سارية فى حق الدائن بمقولة إنه سىء النية ، مقيما قوله بسوء نيته على ما ثبت من وجود أرض أخرى لمدينه غير تلك التى نفذ عليها ، وقصره التنفيذ على هذه الأرض رغم علمه بالنزاع فى ملكية مدينه لها خدمة لورثته ، وذلك دون أن يبين الحكم كيف ثبت وجود أرض أخرى للمدين ليست محلا لنزاع ، ولا كيف ثبت له علم الدائن بالنزاع فى ملكية مدينه للأرض التى نفذ عليها فإنه يكون حكما قاصر التسبيب متعينا نقضه".

(طعن رقم ٢٣ لسنة ١٦ ق جلسة ١٩٤٧/٢/٢٧)

٢- إذا باع المشترى الصورى العين إلى شخص آخر فإن للمشترى الثانى ، وهو خلف خاص للمشترى الأول أن يتمسك

بالعقد الظاهر ، إن كان حسن النية فتنتقــل إليــه الملكيــة انتقــالا صحيحا بمقتضى عقد شرائه ولن يستطيع أن يحتج عليه بأنــه قــد اشترى من مالك صورى .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" إذا كان المشترى الثانى قد تمسك أمام المحكمة بأنه كان حسن النية عندما اشترى من المشترى الصورى معتمــدا علــى عقــده الظاهر جاهلا ورقة الضد التى هو غير بالنسبة إليها ، ومع ذلــك أغفلت المحكمة بحث هذا الأمر ، مع ما لحسن النية أو عدمه مــن الأهمية قانونا فى تحديد حقوق المشترى من أحــد طرفــى العقــد الصورى ، فإن حكمها يكون قاصرا " .

(طعن رقم ٧ لسنة ١٦ ق جلسة ١٩٤٧/٣/٦)

٣- إذا كان العقد الظاهر بيعا كان للشفيع أن يطلب الشفعة فيه ، وليس للمتعاقدين أن يتمسكا ضده بأن البيع يستر فى الحقيقة هبة لا تجوز فيها الشفعة ، مادام لم يثبت أن الشفيع كان يعلم بحقيقة العقد.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

(أ)- " إن الشفيع بحكم أنه صاحب حق فى أخذ العقار بالشفعة هو- على ما جرى به قضاء محكمة النقض – مــن طبقــة الغيــر بالنسبة إلى الطرفين المتعاقدين البائع والمشترى . فله أن يتمســك بالعقد الظاهر دون العقد المستتر ومن ثم لايجوز أن يحاج بالعقــد المستور إلا إذا كان هذا العقد مسجلا أو كان هو عالمــا بصــورية العقد الظاهر أو بوجود ورقة ضد وإذن فمتى كان الحكم المطعــون

فيه قد خالف مقتضى هذه القاعدة وقضى بعدم جواز أخذ العقارات المبيعة بالشفعة تأسيسا على أن عقد البيع ليس فى حقيقته إلا عقــدا سائرا لهبة فلا تجوز فيه الشفعة ، وكان هذا الخطــأ قــد صــرف المحكمة عن بحث ما دفع به المطعون عليهما دعوى الطاعنين من أن حقهما فى الشفعة قد سقط لمضى المدة القانونية من تاريخ العلم بالبيع ، لما كان ذلك ، كان الحكم متعين النقض " .

(طعنان رقما ١٧٢ ، ١٧٩ لسنة ٢٠ق جلسة ١٩٥٢/٥/١٥)

(ب)- " استقر قضاء هذه المحكمة على أن الشفيع بحكــم أنــه صاحب حق فى أخذ العقار بالشفعة يعتبر من طبقة الغير بالنســبة لطرفى عقد البيع سبب الشفعة ، فلا يحتج عليه بغير العقد الظاهر. وإذن فمتى كانت الأطيان المشفوع فيها مملوكة لمصلحة الأمــلاك الأميرية وأن لمالكيها الأصيلين حق استردادها بحكم القــانون فــى خلال فترة معينة ثم تنازلا عن هذا الحق إلى المشترى الذى تعاقــد مع مصلحة الأملاك ولم يشر فى هذا العقــد إلا لإقــرارى تنــازل صاحبى حق الاسترداد ولم يرد فيه ذكر للعقد الذى سبق إبرامه بين المتنازلين وبين المشترى والذى يتضمن أن مصلحة الأملاك تحرر عقدا لأحد المتنازلين وهذا يحرر بدوره عقدا للمشترى ، وكان هذا المشترى لم يتمسك فى دفاعه فى أية مرحلة من مراحل التقاضــى بأن الشفيع كان يعلم بالعقد المستتر حتى كان يصح الاحتجاج عليه بما ورد فيه ، فإن النعى على الحكم بأنه مســخ نصــوص العقــد المستتر ، أو أنه لم يلتزم نصوصه ، أو أخطأ فى تكييفه ، أو أنه لم

يبت فى صوريته ، كل هذا النعى يكون غير منتج الشفيع لايمكن أن يحاج به مادام البيع الذى صدر من مصلحة الأملاك بوصفها بائعة إلى المشترى هو الذى تقام على أساسه دعوى الشفعة " .

(طعنان رقما ١٤٦، ١٤٧ لسنة ٢١ق جلسة ١٩٥٤/٣/٢٥)

(ج)- " مفاد نص المادة ١/٢٤٤ من القانون المدنى أنه يشترط فى الخلف الخاص وهو من كسب حقا من المشترى ، حتى يتمسك بالعقد الصورى أن يكون حسن النية أى لايعلم وقت تعامله مع المالك الظاهر ، أن العقد الظاهر إنما هو عقد صورى ، أما إذا كان سئ النية أى يعلم وقت تعامله بصورية العقد الظاهر ، فإن العقد الذى يسرى فى حقه هو العقد الحقيقى شأنه فى ذلك شأن المتعاقدين . ولما كانت محكمة الموضوع قد استخلصت فى حدود سلطتها التقديرية وفى أسباب سائغة أن الطاعن - المشترى- كان سئ النية ويعلم بورقة الضد عندما تصرفت له المطعون عليها الثانية بالبيع ، ورتب الحكم على ذلك عدم أحقية الطاعن فى التمسك بالعقد الظاهر المبرم بين المطعون عليها الأولى - المالكة الأصلية- والثانية ، وإنما تسرى فى حقه ورقة الضد المشار إليها ، لما كان ذلك فإن الحكم المطعون فيه يكون قد التزم صحيح القانون" .

(طعن رقم ٤٦٦ لسنة ٤٣ ق جلسة ١٩٧٧/١/٣١)

٣٧٧ـ تعارض مصالح ذوى الشأن :

إذا تعارض مصالح ذوى الشأن (الغير) ، فتمسك بعضهم بالعقد الظاهر وتمسك الآخرون بالعقد المستتر كانت الأفضلية لمن يتمسكون بالعقد الظاهر . فمن المتصور أن يكون للغير مصلحة فى

التمسك بالعقد الظاهر دون العقد المستتر . فمثلا من صالح دائني المشترى الصورى التمسك بالعقد الظاهر حتى يدخل المبيع في ضمانهم العام . وكذلك من مصلحة المشترى من المشترى الصورى أن يتمسك بعقد سلفه الظاهر حتى تنتقل إليه الملكية . وللشفيع أن يودع في خزانة المحكمة الثمن المسمى بالعقد الظاهر ، دون أن يحتج عليه بالثمن الحقيقى إذا كان أعلى ، مادام أنه لم يثبت أنه كان يعلم بهذا الثمن الحقيقى . وله أن يحتج بأن العقد هو بيع وليس في حقيقته هبة ، حتى تجوز له الشفعة فيه .

وقد غلب المشرع مصلحة من يتمسك بالعقد الظاهر ، وذلك حماية لاستقرار المعاملات(١) .

وجاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

١- " ... فلدائن المشترى مثلا في بيع ظاهر ، ولمن آل إليه المبيع من هذا المشترى أن يتمسكا بهذا البيع . وعلى نقيض ذلك يكون لدائن البائع أو لخلف آخر من خلفائه ، مصلحة في التمسك بورقة الضد ، ولكل منهما أن يفعل ذلك .

٢- ويناط الحكم عند تنازع ذوى المصالح المتعارضة على هذا الوجه ، بفكرة استقرار المعاملات . فإذا تمسك دائن البائع في العقد الظاهر بورقة الضد وتمسك دائن المشترى بهذا العقد ، كانت الأفضلية للأخير ، لاعتبارات تتعلق بتأمين ذلك الاستقرار "(٢).

---

(١) عبد المنعم البدراوى ص ١٨٣- اسماعيل غانم ص ٢١٣

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٢ ص ٦٤٥ ومابعدها .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" نظم المشرع بنص المادتين ٢٤٤ ، ٢٤٥ من القانون المدنى أحكام الصورية سواء فيما بين المتعاقدين والخلف العام أو فيما بينهما وبين دائنيهم والخلف الخاص ، أو فيما بين هؤلاء الأخيرين، وإذ كان حق دائنى المتعاقدين والخلف الخاص فى التمسك بالعقد الظاهر طبقا لهذه الأحكام هو حق استثنائى مقرر لهؤلاء وأولئك فى مواجهة من يتمسك بالعقد الحقيقى وذلك على خلاف القواعد العامة- إذ يستمد من عقد لا وجود له قانونا – فى حين أن حق الوارث الذى يطعن على تصرف مورثه بأنه يخفى وصية هو حق أصلى يستمده من قواعد الإرث التى تعتبر من النظام العام وتجعل واقعة المورث سببا مستقلا لكسب الملكية ، ولايستمده من المورث ولا من العقد الحقيقى ، من ثم لا يعد هذا الوارث طرفا فى أية علاقة من تلك التى تنظمها أحكام الصورية المشار إليها ، ولايعتبر لذلك من ذوى الشأن الذين تجرى المفاضلة بينهم طبقا لنص الفقرة الثانية من المادة ٢٤٤ سالفة الذكر- وهم دائنو المتعاقدين والخلف الخاص- فلا يقبل من هؤلاء وأولئك التمسك بالعقد الظاهر فى مواجهة حقه فى الإرث بل يقدم حقه على حقهم فى هذا الشأن ".

(طعن رقم ١٢٥٨ لسنة ٥٣ ق جلسة ١٩٨٧/٣/٢٤)

مـــادة (٢٤٥)

إذا ستر المتعاقدان عقدا حقيقيا بعقد ظاهر ، فالعقد النافذ فيما بين المتعاقدين والخلف العام هو العقد الحقيقى .

الشـــرح

٣٧٨ـ أثر الصورية فيما بين المتعاقدين :

إذا ستر المتعاقدان عقدا حقيقيا بعقد ظاهر ، فلكل من المتعاقدين أن يتمسك فى مواجهة الآخر بالعقد الحقيقى . وتسرى هذه القاعـــدة على الخلف العام لكل من المتعاقدين حيث أن الخلف العام لايعتبــر من الغير بالنسبة لعقود سلفه .

ويترتب على ما تقدم أن الشروط الموضوعية اللازمة لانعقـــاد وصحة العقد هى شروط العقد الحقيقى لا العقد الصـــورى ، فـــإذا ستر المتعاقدان هبة فى صورة بيع ، وجب أن تتوافر فـــى الهبـــة أركانها وشروط صحتها مـــن الناحيـــة الموضـــوعية ، كالأهليـــة والرجوع فى الهبة مثلا ، أما ركن الشـــكل ، وهـــو الرســـمية أو القبض إذا كان الشئ الموهوب منقولا (م٤٨٨ مدنى) ، فلا داعى له ، لأن الفرض أن الهبة ليست صريحة بل مستترة ، كان ذلـــك مـــع ملاحظة وجوب استكمال العقد الســـاتر ، وهـــو البيـــع لأركانـــه وشروطه . لكن إذا أبرأ البائع الظاهر المشترى من الثمن أو وهبه له فى نفس العقد فإن التصرف لا يعتبر بيعا ساترا لهبة ، بل يعتبر هبة صريحة لاتنعقد إلا إذا توافر فيها ركن الشكل[١] .

---

(١) نبيل سعد إبراهيم ص ١٤٤- اسماعيل غانم ص ٢٠٠ .

غير أنه إذا ادعى أحد المتعاقدين أن العقد الظاهر مخالف للحقيقة كان عليه أن يثبت ما يدعيه ، كما سنرى في البند التالى .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" أما فيما يتعلق بالمتعاقدين أنفسهم ، ومن يخلفهم من الورثة ، فوجه الحكم بين ، فليس للعقد الظاهر أثر بالنسبة لهم . ذلك أن نية المتعاقدين تنصرف إلى التقيد بالعقد المستتر ، فهو الجدير وحده بالاعتبار دون غيره . ومن التطبيقات العملية التي يمكن أن تساق في هذا الشأن ، إفراغ التعاقد في شكل عقد آخر ، كالهبة في صورة البيع ، ففى مثل هذا الفرض يصح العقد بوصفه هبة لا بيعا، متى اجمعت له شروط الصحة بهذا الوصف ، فيما عدا شرط الشكل استثناء (أنظر المادة ٦٦٠ من المشروع) [١].

٣٧٩ـ إثبات الصورية فيما بين المتعاقدين :

القاعدة العامة فى الإثبات أنه إذا لم يكن التصرف الظاهر مكتوبا وادعى أحد المتعاقدين أو خلفه العام أن هذا العقد صورى وأنه يخفى فى حقيقته عقدا آخر مستترا كان له إثبات هذه الصورية بكافة طرق الإثبات بما فيها شهادة الشهود والقرائن طالما كانت قيمة التصرف لا تزيد على خمسمائة جنيه ، أما إذا زادت قيمة التصرف على هذا المبلغ وجب عليه إثبات الصورية بالكتابة أو ما يقوم مقامها من إقرار أو يمين .

---

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٢ ص ٦٤٦ .

أما إذا كان العقد الظاهر مكتوبا فلا يجوز إثبات الصورية عن طريق إثبات العقد الحقيقى المستتر إلا بالكتابة ولو لم تــزد القيمــة على خمسمائة جنيه .

ولذلك إذا كان العقد الظاهر مكتوبا وجب على المتعاقد اليقظ إذا كان الاختلاف بين العقد الظاهر والعقد الحقيقى من شأنه الإضرار به، أن يحصل من المتعاقد الآخر على وثيقة كتابية ، وتسمى هــذه الوثيقة بورقة الضد contre lettre فإن لم توجد فإنه يتعذر إثبات الصورية بغير اليمين أو الإقرار ، ومعنى هــذا عمــلا اســتحالة الإثبات فى الغالب من الأحوال غير أن هناك أحوالا استثنائية يجوز فيها الإثبات بالبينة والقرائن فيما يجب إثباته بالكتابة . كما إذا وجد مبدأ ثبوت بالكتابة يدل على الصورية ، أو وجد مانع مادى أو أدبى حال دون الحصول على ورقة الضد، أو فقدت تلك الورقــة بعــد الحصول عليها لسبب أجنبى إذ يجوز للمتعاقد أن يلجأ إلى الشهادة أو القرائن لإثبات صورية العقد الظاهر ولو كان مكتوبا ولو كانت القيمة تزيد على خمسمائة جنيه [١].

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " إذ كان البين من الاطلاع على العقد موضوع الدعوى أن الطاعن باع القدر المبين فيه متعاقدا مع نفسه بصفته وليا شــرعياً آنذاك على أولاده المطعون عليهم ، وأن دور والدتهم اقتصر علــى مجرد الإشارة إلى دفعها الثمن تبرعا منها للقصر المشترين وأنهــا

---

(١) اسماعيل غانم ص ٢٠١- الدكتور سعيد عبد السلام الوجيز فى أحكــام الالتزام والإثبات طبعة ٢٠٠٠ ص ١٢٧ ومابعدها .

تتعهد بعدم مطالبتهم أو الرجوع عليهم مستقبلا ، وكانت الــدعوى المائلة قد أقيمت من الطاعن بطلب بطلان التصرف الحاصل منــه إلى أولاده بصوريته المطلقة ، استنادا إلى إقرار صادر من الوالدة بأن ثمنا لم يدفع منها فى واقع الأمر ، فإن ما خلص إليه الحكم من أن هذه الأخيرة ليست من بين أطراف العقد ، وأنه لا علاقــة لهــا بإحداث الأثر القانونى المراد من التصرف، وأن الإقرار لا يتضمن إلا نفيا لواقعة سداد الثمن منها دون أن يعرض للتصرف فى حــد ذاته ، ورتب على ذلك افتقاد إمكان إثبات صورية العقد صــورية مطلقة بغير الكتابة فإن هذا الذى خلص إليه الحكم تحصيل ســائغ تحتمله مستندات الدعوى وله مأخذه " .

(طعن رقم ٦٦٩ لسنة ٤٢ ق جلسة ١٩٧٩/٣/١٤)

٢- " طبقاً لنص المادة ٢٤٥ من القانون المدنى- وعلــى مــا جرى به قضاء هذه المحكمة- إذ ستر المتعاقدان عقداً حقيقيا بعقــد ظاهر فالعقد النافذ بين المتعاقدين والخلف العام هو العقد الحقيقــى والعبرة بينهما بهذا العقد وحــده، وإذا أراد أى مــن الطــرفين أن يتمسك بالعقد المستتر فى مواجهة العقد الظاهر أو ينفى الثابت بهذا العقد ، يجب عليه أن يثبت وجود العقد المستتر أو ينفــى الثابــت بالعقد الظاهر وفقاً للقواعد العامة فى الإثبات فى المواد المدنية التى لاتجيز الإثبات بشهادة الشهود إذا تجاوزت قيمة التصرف عشــرين جنيهاً وفيما يخالف أو يجاوز ما اشتمل عليه دليل كتابى ولو لم تزد

القيمة على عشرين جنيهاً ما لم يكن هناك احتيال على القانون فيجوز في هذه الحالة، لمن كان الإحتيال موجهاً ضد مصلحته ، أن يثبت العقد المستتر أو ينفى الثابت بالعقد الظاهر بكافة طرق الإثبات " .

(طعن رقم ١٠٢٧ لسنة ٥٠ ق جلسة ١٩٨٤/٥/١٦)

٣- " النص فى المادتين ١/٢٤٤ من القانون المدنى ،١/٦١ من قانون الإثبات يدل على أن لدائنى المتعاقدين وللخلف الخاص أن يثبتوا بكافة الطرق صورية العقد الذى أضر بهم ، أما المتعاقدان فلا يجوز لهما إثبات ما يخالف ما اشتمل عليه العقد المكتوب إلا بالكتابة " .

(طعن رقم ٩٢٧ لسنة ٥٤ ق جلسة ١٩٨٩/١٢/٢٨)

٤- " وحيث إن هذا النعى سديد ، ذلك أنه لما كان من المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن صلة الزوجية لا تعتبر بذاتها مانعاً أدبيا يحول دون الحصول على سند كتابى ويتعين أن يرجع فى ذلك إلى كل حالة على حدة طبقا لظروف الحال التى تقدرها محكمة الموضوع بغير معقب عليها فى ذلك متى كان تقديرها قائماً على أسباب سائغة ، لما كان ذلك ، وكان الحكم المطعون فيه قد رفض الأخذ بالدفع المبدى من الطاعنة بعدم جواز الإثبات بالبينة على سند مما أورده فى أسبابه من أن علاقة الزوجية التى كانت قائمة بين الطرفين تعتبر مانعاً أدبيا يحول دون حصول المستأنف على دليل

كتابى يفيد ضد عقد البيع ومن ثم فإنه يجوز للمستأنف إثبـات مـا يخالف الثابت فى عقد البيع سند الدعوى بكافة طرق الإثبـات بمـا فيها البينة والقرائن بما مؤداه أن الحكم اعتبر صلة الزوجية بـذاتها مانعاً أدبياً يحول دون الحصول على سند مكتوب ودون أن يبين فى أسبابه ظروف الحال التى اعتمد عليها فى تبرير عـدم الحصـول على دليل كتابى ، مما يجعله مشوباً بالقصور المبطل ويتعين نقضه دون حاجة لبحث باقى أسباب الطعن ".

(طعن رقم ١١٤٢ لسنة ٦٣ ق جلسة ٢٠٠٠/٥/٣٠)

غير أنه يراعى أن قواعد الإثبات لاتتعلق بالنظام العام ويجـب على الخصم التمسك بها ، كما أنه يجوز التنازل عنها صـراحة أو ضمنا .

٣٨٠ـ إثبات الصورية فى حالة التحايل على أحكام القانون :

إذا كانت الصورية قد اتخذت وسيلة للتحايل على القانون ، أى التهرب من أحكامه الآمرة الخاصة بشروط التصرف الموضـوعية اللازمة لصحته أو نفاذه . فعندئذ يجوز للمتعاقد أو لخلفه العـام أن يثبت الصورية بكافة طرق الإثبات ومنها شهادة الشهود والقـرائن ولو كان العقد مكتوبا ولو زادت قيمته على خمسمائة جنيـه . مـن ذلك أن يكون سبب الدين قمارا ويكتب المتعاقـدان أن سـببه هـو القرض. أو أن يخفى العقد فوائد ربوية ويكتب المتعاقدان سببا غير ذلك ، أو أن يقدم المتعاقدان تاريخ العقد لجعله سابقا علـى تـاريخ

توقيع الحجز على أحدهما بغية إظهار العقد صحيحا غير قابل للإبطال خلافا لما يقضى به القانون فى تصرفات المحجور عليهم ..

ويبرر إجازة الإثبات بكافة الطرق فى مثل هذه الحالات أنها تتضمن مانعا حال دون الحصول على ورقة الضد . وهى تدخل بذلك فى عموم نص المادة .

إذ أن المتعاقد الذى تم التحايل لمصلحته لن يرتضى أن يقدم للطرف الآخر ، أو لخلفه العام ، ورقة مكتوبة للكشف عن هذا التحايل .

ولم تقرن محكمة النقض فى ذلك بين ما إذا كان التحايل على أحكام القانون الآمرة لمصلحة المتعاقدين معا وقصد به الإضرار بالغير ، وبين ما إذا كان المقصود به هو الإضرار بالغير فقط باعتبار أن الصورية هنا تنطوى على غش وتحايل[١] .

---

(١) وعكس ذلك نبيل إبراهيم سعد ص ١٤٥ ومابعدها – اسماعيل غانم ص ٢٠٢ ومابعدها – فيريان أنه إذا كان التحايل لمصلحة المتعاقدين معا وقصد به الإضرار بالغير ممن ليس طرفا فى التصرف أو خلفا عاما لأحد طرفيه ، فلا يجوز لأى من الطرفين أو للخلف العام أن يثبت ما يخالف الكتابة إلا بالكتابة ذلك أنه لم يكن هناك ما يمنع المتعاقد من الحصول على ورقة ضد . إذ لا يوجد ما يدعو المتعاقد الآخر إلى أن يمتنع عن إعطائه تلك الورقة ، فليس هناك ما يخشاه من ذلك مادام أن التحايل قد قصد به مصلحتهما معا .

فقد قضت محكمة النقض بأن :

١- "صورية البيع التدليسية تثبت بالقرائن فى حق كل من مسه هذا التدليس ولو كان طرفا فى العقد . فإذا توفرت القرائن المثبتة للتدليس والاحتيال على استصدار هذا العقد صورة واقتضت محكمة الموضوع مع ذلك ممن صدر منه العقد وجود مبدأ ثبوت بالكتابة كيما تحقق الصورية التى يقوم بها كان حكمها خاطئا وجاز لمحكمة النقض عند نقضها الحكم أن تستخلص ثبوت هذه الصورية التدليسية من الأوراق والتحقيقات التى كانت معروضة على محكمة الموضوع " .

(طعن رقم ٨٧ لسنة ٤ ق جلسة ١٩٣٥/٤/١٨)

٢-(أ)- " إذا الحكم المطعون فيه ، بعد أن ذكر أن العقد المتنازع على ماهيته مذكور فيه صراحة أنه عن بيع وفائى ، وقد عرض لتحرى قصد المتعاقدين منه هل هو البيع الوفائى حقا أو هو الرهن ولكن أفرغ فى تلك الصيغة سترا له ، فاستعرض ظروف الدعوى وما ساقه كل من طرفيها تأييدا لوجهة نظرة ، ثم انتهى إلى أن هذا العقد إنما يستر رهنا ، مستخلصا ذلك من قرائن مؤدية إليه فلا سبيل من بعد إلى إثارة الجدل حول هذه المسألة لكونها مما يتعلق بتحصيل فهم الواقع " .

(طعن رقم ١٢ لسنة ١٤ ق جلسة ١٩٤٤/٥/٢٥)

(ب)- " ولايقدح فى هذا الحكم أنه إذا فعل ذلك قد أجاز إثبات الصورية بين المتعاقدين بغير الكتابة ، مادام أن إخفاء الرهن وراء بيع وفاء هو غش وتحايل على القانون للتوصل إلى الاستيلاء على تلك الأطيان بغير اتخاذ الإجراءات التنفيذية وبثمن بخس . والصورية التى يكون هذا هو الغرض منها جائز إثباتها بين المتعاقدين بطرق الإثبات كافة بما فيها البينة والقرائن ".

(طعن رقم ١٢ لسنة ١٤ ق جلسة ١٩٤٤/٥/٢٥)

٣- " الموصى له بحصة فى التركة لا يعتبر غيرا فى معنى المادة ٢٢٨ من القانون المدنى إذا هو ادعى بأن العقد الصادر من الموصى إنما صدر بعد طلب الحجر عليه وبأن تاريخه مغاير للحقيقة ، إذ هو خلف عام يدعى ما كان يملك سلفه ممثلا فى شخص القيم عليه أن يدعيه . ولكن لما كان هذا الادعاء ادعاء بغش واحتيال على القانون كان إثباته بأى طريق من طرق الإثبات جائزا له جوازه لسلفه ، وكان عليه عبء الإثبات ، لأنه مدع والبينة على من ادعى . فإن هو أثبته سقطت حجية التاريخ العرفى للعقد ،وإن لم يثبته بقيت هذه الحجية " .

(طعن رقم ١١٠ لسنة ١٦ ق جلسة ١٩٤٧/١٢/٢٥)

٤- " الوارث الذى يطعن فى تصرف صادر من مورثه فى صورة بيع منجز بأن حقيقته وصية وأنه قصد به الاحتيال على قواعد الإرث المقررة شرعا إضرارا بحقه فيه ، يجوز له إثبات هذا الاحتيال بأى طريق من الطرق القانونية ، فلا على المحكمة

فيما تقضى به من إحالة الدعوى إلى التحقيق لتمكين الطاعنين فـى التصرف من إثبات حقيقة الواقع فيه بشهادة الشهود " .

(طعن رقم ١٦٨ لسنة ١٨ ق جلسة ١٩٥٠/٥/١١)

٥- " الوارث لايعتبر فى حكم الغير بالنسبة للتصرف الصادر من المورث إلى وارث آخر إلا إذا كان طعنه على هذا التصـرف هو أنه وإن كان فى ظاهره بيعا منجزا إلا أنه فى حقيقتـه وصـية إضرارا بحقه فى الميراث أو أنه صدر فى مرض موت المـورث فيعتبر إذ ذاك فى حكم الوصية ، لأنه فى هاتين الصورتين يسـتمد الوارث حقه من القانون مباشرة حماية له من تصرفات مورثه التى قصد بها التحايل على قواعد الإرث ، أما إذا كان مبنى الطعن فـى العقد أنه صورى صورية مطلقة فإن حق الوارث فى الطعن فـى التصرف فى هذه الحالة إنما يستمده من مورثه وليس من القـانون، ومن ثم فلا يجوز له إثبات طعنه إلا بما كان يجوز لمورثـه مـن طرق الإثبات " .

(طعن رقم ٣٥٥ لسنة ٢٩ ق جلسة ١٩٦٤/٤/٩)

٦- " الصورية النسبية التى تقوم على إخفاء الرهن وراء البيع تعد تحايلا على القانون يترتب عليه بطلان البيع طبقا للمـادة ٤٦٥ من القانون المدنى . وهذه الصـورية النسـبية لا تنتفـى بانتفـاء الصورية المطلقة أو بتخلف شروط الدعوى البوليصـية كلهـا أو بعضها لاختلافها عنهما أساسا وحكما . فمتى كان الحكم المطعـون فيه قد قصر بحثه على ما تمسك به الخصم من أوجه دفاع تتعلـق

بصورية عقد البيع صورية مطلقة وبالتواطؤ بين طرفى هذا العقـد للإضرار بحقوقه ، وأغفل بحث دفاع الخصم بشأن إخفاء الـرهن وراء البيع مع أنه دفاع جوهرى لو صح لتغير وجه الـرأى فـى الدعوى ، فإن الحكم يكون قاصرا فى التسبيب بما يبطله ويستوجب نقضه " .

(طعن رقم ٢٠٤ لسنة ٣٢ ق جلسة ١٩٦٦/١٢/٦)

٧- " الوارث لا يعتبر فى حكم الغير بالنسبة للتصرف الصادر من المورث – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة- إلا إذا كان طعنه على هذا التصرف هو أنه وإن كان فى ظاهره بيعا منجزا إلا أنه فى حقيقته يخفى وصية إضرارا بحقه فى الميراث أو أنه صدر فى مرض الموت فيعتبر إذ ذاك فى حكم الوصية لأنه فـى هـاتين الصورتين يستمد الوارث حقه من القانون مباشرة حماية لـه مـن تصرفات مورثه التى قصد بها الاحتيال على قواعـد الإرث التـى تعتبر من النظام العام ".

(طعن رقم ١٦٣٦ لسنة ٤٩ ق جلسة ١٩٨٣/٣/٢٤)

٨- "المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن الوارث حكمـه حكـم المورث فلا يجوز له إثبات صورية سند صادر من مورثـه إلـى وارث آخر أو إلى الغير إلا بالكتابة إلا إذا طعن فى هذا السند بأنه ينطوى على الإيصاء أو أنه صدر فى مرض مـوت مورثـه وأن تقدير أدلة الصورية – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – هو مما يستقل به قاضى الموضوع لتعلقه بفهم الواقع فى الدعوى ".

(طعن رقم ١٤٧٣ لسنة ٥٧ ق جلسة ١٩٩٢/١/١٥)

٩- " حيث إن هذا النعى فى محله ذلك أن المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن الغير فى الصورية هو كل ذى مصلحة ولو لم تكن بينه وبين المتعاقدين رابطة عقدية وأن الوارث لا يعتبر فى حكم الغير بالنسبة للتصرف الصادر من المورث إلا إذا كان طعنه على هذا التصرف هو أنه وإن كان فى ظاهره بيعاً منجزاً إلا أنه فى حقيقته يخفى وصية إضراراً بحقه فى الميراث أو صدر فى مرض الموت فيعتبر إذ ذاك فى حكم الوصية لأنه فى هاتين الصورتين يستمد الوارث حقه من القانون مباشرة حماية له من تصرفات مورثة التى قصد بها الإحتيال على قواعد الإرث التى تعتبر من النظام العام لما كان ذلك وكان الطاعن قد تمسك فى صحيفة الاستئناف بصورية عقد البيع موضوع الدعوى صورية نسبية بقصد الإضرار بحقه فى الميراث وطلب تحقيق هذا الدفاع وهو دفاع جوهرى من شأنه إن صح أن يتغير به وجه الرأى فى الدعوى وإذ لم يعرض الحكم المطعون فيه لهذا الدفع ويقسطه حقه من البحث والتمحيص وإعمال أثره رغم إيراده فحواه لدى تحصيله أسباب الاستئناف المقام من الطاعن فإنه يكون مشوبا بالقصور فى التسبيب بما يوجب نقضه لهذا السبب دون حاجة لبحث باقى أوجه الطعن على أن يكون مع النقض الإحالة ".

(طعن رقم ٤٢٥٢ لسنة ٦١ ق جلسة ١٩٩٨/١/١٠)

٣٨١ ـ دعوى الصورية :

قد ترفع دعوى الصورية من أحد طرفى العقد الصورى على الآخر بقصد إثبات صوريته .

وفى هذه الحالة يجب إدخال من له مصلحة فى التمسك بالعقد الصورى فى الدعوى . كخلف المشترى الظاهر إذا كان سئ النية.

غير أن القانون لايوجب اختصام أشخاص معينين فى دعوى الصورية ولا أثر لذلك على قبولها ، وإنما ينحصر أثر عدم إدخال من له مصلحة فى التمسك بالعقدى الصورى أن الحكم الصادر فى الدعوى لا يكون حجة عليه .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" القانون لا يوجب فى دعوى الصورية اختصام أشخاص معينين ، ومن ثم فلا تأثير لعدم لختصام المؤجر فى دعوى صورية عقد الإيجار على قبول الدعوى، وإنما الأثر المترتب على ذلك ينحصر فى أن الحكم الصادر فيها لا يكون حجة عليه " .

(طعن رقم ٢٠٦ لسنة ٤٣ ق جلسة ١٩٧٧/٥/٤)

وقد يكون الطعن بالصورية فى صورة دفع دعوى يرفعها أحد طرفى العقد الصورى على الطرف الآخر بموجب العقد الظاهر .

ويجوز إبداء هذا الدفع فى أية حالة كانت عليها الدعوى . ولكن لايجوز إبداؤه لأول مرة أمام محكمة النقض[١] .

---

(١) السنهورى جـ٢ ص ١٠٢٥ وما بعدها - الدكتور محمد شريف عبد الرحمن النظرية العامة للالتزامات الجزء الثانى آثار الالتزامات الطبعة الأولى ١٩٩٧ ص ٧٠٨ .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- " من طلب إبطال عقد بيع بدعوى أنه هبة محـــررة بعقـــد عرفى لايجوز له - بعد أن سلم له خصمه بالبطلان متمسكا بوضع اليد المدة الطويلة وناقشه هو فى ذلك - أن يبنى طعنه أمام محكمة النقض على صورية هذا العقد : (أولا) لأن الصورية دفـــع جديـــد مغاير كل المغايرة لطلب البطلان بسبب شكل العقد ، فـــلا ســـبيل لطرحه لأول مرة أمام محكمة النقض ، (وثانيا) لأن هذا الدفع حتى لو لم يكن جديدا فإنه لا فائدة فيه مادام الحكم مبنيـــا علـــى كـــون المطعون ضده كسب الملكية بوضع اليد المدة الطويلة " .

(طعن رقم ٨٠ لسنة ٢ ق جلسة ١٩٣٣/٣/٢)

٢- " إذ خلت الأوراق مما يدل على سبق تمسك الطاعن أمام محكمة الموضوع بصورية عقد القسمة أو عقد البيع فإنه لايقبل منه التمسك بهذا الدفاع لأول مرة أمام محكمة النقض " .

(طعن رقم ٥٩١ لسنة ٤٦ ق جلسة ١٩٨٠/٢/١٢)

٣- " الثابت بصحيفة افتتاح الدعوى وبمذكرة المطعون ضدهما الأولين المقدمة أمام محكمـــة أول درجـــة لجلســـة ١٩٨١/١/١٩ وبمدونات الحكم الابتدائى أن المطعون ضدهما المـــذكورين أسســـا دعواهما على أن .... عن نفسه وبصفته وكيلا عن باقى المستحقين فى وقف .. حول لهما عقد الإيجار بصـــفتهما مشـــترين لـــلأرض

بموجب عقد البيع الابتدائى المؤرخ ١٩٧٢/٨/٣١ والمشهر بـــرقم ٥٦٥٧ لسنة ١٩٧٨ القاهرة مما مفاده أن عقد البيع المـــذكور هـــو سبب حوالة حق الإيجار لهما وإذ كان الثابت من مذكرة الطـــاعنين المقدمة أمام محكمة أول درجة لجلسة ١٩٨١/٢/٢٣ أنهم تمســـكوا بصورية عقد البيع المذكور الصادر للمطعـــون ضـــدهما الأولـــين صورية مطلقة تأسيسا على أن الأرض المقام عليها المبنى قد آلت للمطعون ضدهم الأربعة الأخيرين بشراء مورثهم المرحوم ... لها وأنها قدموا طلبا لشهر عقد الشراء غير أنهم لـــم يســـتمروا فيـــه وتواطؤا مع البائعين فحرروا عقد بيع صـــورى صـــورية مطلقـــة للمطعون ضدهما الأولين للتوصل إلى إخلائهم من المبنى ، والثابت أيضا من صحيفة الاستئناف تمسك الطاعنين بهذا الـــدفاع طـــالبين الحكم بصورية عقد البيع الصادر للمطعون ضـــدهما المـــذكورين والذى تم بموجبه تحويل عقد الإيجار لهما ، بما يتضـــمن تمســـك الطاعنين بصورية وبطلان حوالة عقد الإيجار الصادر للمطعـــون ضدهما الأولين وهى سندهما فى إقامة الدعوى ضـــدهم لصـــورية سببها لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه برفض الدفع بالصورية على ما أورده فى مدوناته .. بما يعنى أن الحكـــم المطعون فيه قد اعتبر أن الدفع بالصورية قد انصب على عقد البيع دون حوالة عقد الإيجار التى أقيمت الدعوى استنادا لها فى حين أن

ذلك الدفع قد انصرف على ما سلف بيانه إلى حوالة عقد الإيجار وعقد البيع باعتباره سببا لها بما يعيبه بمخالفة القانون وقد جره هذا الخطأ إلى عدم بحث مصلحة الطاعنين فى الصورية وشروطها بما يشوبه بالقصور فى التسبيب ".

(طعن رقم ٢٤٢٢ لسنة ٥٢ ق جلسة ١٩٨٤/١/٢٣)

وقد تكون الدعوى مرفوعة من الغير على الطرفين ، **فيطعن الغير فى العقد الظاهر بالصورية ويتمسك بالعقد المستتر** ، لوجود مصلحة فى ذلك ، ويجب فى هذه الحالة إدخال كل من طرفى الخصومة فى الدعوى .

وإذا رفع الدائن دعوى الصورية باسم مدينه عن طريق الدعوى غير المباشرة ، فإنه ينوب عندئذ عنه، ولايجوز له إثبات الصورية إلا بذات الطرق التى كان باستطاعة المدين أن يثبتها بها[1] .

٣٨٢ـ يجب أن يكون الطعن بالصورية صريحا :

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" إذا كان الثابت بصحيفة الاستئناف أن المستأنف مع وصفه العقد الذى هو محل النزاع بأنه عقد صورى قد قرن هذا الوصف بقوله إن المادة التى يتمسك بها فى طلب إبطاله هى المادة ١٤٣ من

---

(١) السنهورى جـ٢ ص ١٠٢٦ – محمد على عمران ص ١١٢ .

القانون المدنى بناء على أنه إنما صدر من مدينته إلى ابنتها بقصد الإضرار به . وكان هذا هو دفاعه الذى أدلى به إلى محكمة الدرجة الأولى فردت عليه بأن نية الإضرار به غير مقصودة لأن مدينته إذ باعت منزلها لابنتها شرطت عليها أن تدفع له دينه ، فإنه لا لوم على محكمة الاستئناف إذا ما أيدت حكم محكمة الدرجة الأولى آخذة بأسبابه ومكتفية بها دون بحث فى صورية العقد، بل اللوم على المستأنف نفسه الذى لم يخرج قوله بالصورية مخرج الدفع الصريح الواضح الذى يتحتم على المحكمة أن ترد عليه".

(طعن رقم ٦٨ لسنة ١٦ ق جلسة ١٩٤٧/٥/١٥)

٢- " الطاعن على العقود بالصورية الذى يجب على محكمة الموضوع بحثه والبت فيه يجب أن يكون صريحا فى هذا المعنى ولايفيده مجرد الطعن بالتواطؤ لاختلاف الأمرين مدلولا وحكما لأن الصورية تعنى عدم قيام العقد أصلا فى نية عاقديه أما التواطؤ بين المتعاقدين فإنه غير مانع بذاته من جدية العقد ومن رغبتهما إحداث آثار قانونية له " .

(طعن رقم ٩١ لسنة ٢٤ ق جلسة ١٩٥٨/٤/٣)

٣- " المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن الطعن بالصورية الذى يجب على المحكمة بحثه والبت فيه يلزم أن يكون صريحا فى هذا المعنى ولايفيده مجرد الطعن بالتواطؤ أو الاحتيال لاختلاف

الأمرين مدلولا وحكما ، لأن الصورية إنما تعنى عدم قيام المحرر أصلا فى نية عاقدية ، أما التواطؤ فإنه غير مانع من جدية التعاقـد ومن قيام الرغبة فى إحداث آثار قانونية له ، ولما كان الواقع فـى الدعوى أن الطاعنة لم تدفع بصورية عقد الإيجار الصادر للمطعون عليه الثانى أمام محكمة أول درجة، وإنما بنت دفاعهـا علـى أن عملية القرعة التى جعلت منها سندها فى مدعاها أجريت بمعرفـة المالك- المطعون عليه الأول- وساقت على ذلك فـى مـذكرتيها الشارحتين عدة قرائن تنم عن التواطؤ بين المالـك وبـين قريـب المطعون عليه الثانى ، بدليل تحرير العقد فى مقر الشرطة وتـأخر المستأجر فى استلام الشقة من شاغلها وقتذاك ، وكان هذا لا يعنى التمسك على نحو جازم قاطع بصورية هذا العقد ، فلا على الحكـم المطعون فيه إن هو التفت عن هذا الدفاع ".

(طعن رقم ٢٠٦ لسنة ٤٣ ق جلسة ١٩٧٧/٥/٤)

٣٨٣ـ تصدى المحكمة من تلقاء نفسها للصورية :

لمحكمة الموضوع من تلقاء نفسها بحث مـا يقـدم لهـا مـن مستندات دون حاجة إلى إثارة دفوع بشأنها من الخصـوم ، حتـى تتمكن من أن تقول كلمتها فى مستندات الدعوى ، ومـا إذا كانـت جدية أو صورية وهى بذلك لا تخالف القواعد العامة فى الإثبات ، ومفاد ذلك أنه يجوز للمحكمة التصدى للصورية من تلقاء نفسها.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- " لمحكمة الموضوع الحق دائما فى بحث جدية الورقة التى تقدم فى الدعوى مادام ذلك لازما للفصل فيها . فإذا أريد التمسك بورقة ضد الغير كان للمحكمة، ولو لم يطعن أحد فيها بالصورية ، أن تعرض لها فتستنتج عدم جديتها وصوريتها من قرائن الدعوى . ولارقابة لمحكمة النقض عليها فى ذلك متىكان استخلاصها سليما ".

(طعن رقم ١١٨ لسنة ١٣ ق جلسة ١٩٤٤/٥/٢٥)

٢- "بحث صورية الورقة التى تقدم فى الدعوى هو ما تختص به محكمة الموضوع ، فلها بموجب هذه السلطة أن تعرض لها وتستنتج جديتها أو صوريتها من قرائن الدعوى دون رقابة عليها فى ذلك من محكمة النقض متى كان استخلاص محكمة الموضوع سائغا ".

(طعن رقم ٣٠٨ لسنة ٣٥ ق جلسة ١٩٦٩/٦/١٧)

٣٨٤ـ المصلحة هى مناط قبول الطعن بالصورية :

شرط المصلحة منصوص عليه فى الفقرة الأولى من المادة الثالثة من قانون المرافعات التى تجرى على أن " لاتقبل أى دعوى كما لا يقبل أى طلب أو دفع استنادا لأحكام هذا القانون أو أى قانون آخر ، لا يكون لصاحبه فيها مصلحة شخصية ومباشرة وقائمة يقرها القانون ... الخ .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" لايقبل الطعن بصورية عقد ما لم تكن للطاعن مصلحة من وراء إسقاط العقد . وإذن فإذا كان المدعى عليه في دعوى الصورية قد وجه هو الآخر مطاعن إلى العقد الذى يتمسك به المدعى فإنه يكون لزاما على المحكمة أن تنظر هذه المطاعن وتبحثها لكى تتثبت من وجود مصلحة للمدعى ، ولايصح منها أن تقبل الطعن بالصورية قضية مسلمة مع غض النظر عن قيمة عقده".

(طعن رقم ٥٣ لسنة ١١ ق جلسة ١٩٤٢/٣/٢٦)

٣٨٥ـ الطعن بالصورية لا يقبل إلا فى حدود مصلحة الطاعن :

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- " الطعن بصورية عقد لايقبل إلا ممن له مصلحة فيه وفى حدود هذه المصلحة . فإذا كان المشترى الثانى قد طعن على العقد الصادر من نفس البائع إلى المشترى (عن أطيان من بينها الأطيان المباعة للمشترى الثانى) قاصدا إهدار هذا العقد فى خصوص القدر الذى اشتراه ، فإن الحكم المطعون فيه إذ انتهى إلى رفض دعوى صحة ونفاذ عقد المشترى الأول فيما زاد عن القدر الذى

اشتراه المشترى الثانى استنادا إلى صورية العقد يكون قد خالف القانون فى هذا الخصوص " .

(طعن رقم ٣٤٥ لسنة ٢٦ ق جلسة ١٩٦٢/٢/٨)

٢- " الطعن بصورية عقد لايقبل إلا ممن له مصلحة فيه ، وفى حدود هذه المصلحة وإذا كان المطعون ضدهم إذ طعنوا على العقد الصادر من البائع إلى الطاعن المتدخل فى الدعوى المرفوعة منهم بطلب صحة العقد الصادر من نفس البائع لمورثهم - بالصورية إنما قصدوا إلى إهداره فى خصوص القدر البالغ مساحته ... الداخل فى القدر الذى اشترته مورثتهم ، والمرفوعة به الدعوى، وذلك ابتغاء إزالة العائق الذى يحول دون تحقق أثر هذا العقد ، فإن الحكم المطعون فيه إذ قبل الدفع بالصورية وقضى فى أسبابه بقبول هذا الدفع ، ورتب على ذلك قضاءه للمطعون ضدهم بصحة العقد الصادر إلى مورثهم ، فإن مؤدى ذلك هو عدم إهدار العقد الصادر إلى الطاعن إلا بالنسبة للقدر البالغ مساحته .... دون ما جاوزه من القطع الأخرى المبيعة إليه " .

(طعن رقم ٣٦٩ لسنة ٣٨ ق جلسة ١٩٧٤/١/٢٢)

٣- " الطعن بالصورية لايقبل إلا ممن له مصلحة فيه وفى حدود هذه المصلحة " .

(طعن رقم ١٤٤٧ لسنة ٥٠ ق جلسة ١٩٨٤/٦/٧)

٣٨٦ـ لا يكفى توافر المصلحة النظرية :
وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- " دعوى بطلان العقد لصوريته صورية مطلقة لا يصلح لقبولها وجودمصلحة نظرية بحته، فلا تقبل إلا من له مصلحة قائمة وحالة فيها ، بحيث تعود عليه فائدة عملية من الحكم له بطلبه ".

(طعن رقم ١٣٥ لسنة ٤٦ ق جلسة ١٩٧٩/١/٢٥)

٢- " المصلحة المحتملة التى تكفى لقبول الدعوى لا تتوافر كصريح نص المادة الثالثة من قانون المرافعات إلا إذا كان الغرض من الطلب أحد أمرين (الأول) الاحتياط لدفع ضرر محدق (والثانى) الاستيثاق لحق يخشى زوال دليله عند النزاع فيه ، وإذ كان الطعن بالنقض المرفوع من الطاعنين فى الحكم الصادر بسقوط حقهما فى أخذ العقار بالشفعة لعدم اختصام المشترى المدعى بصورية عقده، لا يتوافر به أى من هذين الأمرين فى الدعوى المبتدأة المرفوعة منها بطلب صورية هذا العقد- فإن المصلحة المحتملة بمعناها المقصود فى المادة المذكورة لا تكون متوافرة - رغم الطعن بالنقض فى الحكم بسقوط الشفعة " .

(طعن رقم ١٣٥ لسنة ٤٦ ق جلسة ١٩٧٩/١/٢٥)

٣٨٧ـ لا تأثير للباعث على الصورية :

من المقرر أن العبرة فى جواز تمسك الغير بالعقد الظاهر الصورى هو حسن نيته ولايعتد فى ذلك بالباعث على الصورية سواء كان مشروعا أم غير مشروع وكذلك فمن المقرر أن الباعث على الصورية لبس ركنا من أركان الدعوى ، فإذا ذكر مدعى الصورية الباعث على الصورية وثبت عدم صحته فإنه لايجوز رفض الدعوى استنادا إلى هذا السبب وحده (١).

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- " الباعث على الصورية ليس ركنا من أركان الدعوى بها فعدم صحة الباعث الذى أورده مدعى الصورية ليس من شأنه وحده رفض دعواه ".

(طعن رقم ٢٠٥ لسنة ١٧ ق جلسة ١٩٤٩/١٢/١)

٢- " مؤدى عموم نص المادة ٢٤٤ من القانون المدنى أن المناط فى جواز تمسك الغير بالعقد الظاهر الصورى هو حسن نيته ولايعتد فى ذلك بالباعث على الصورية- سواء كان مشروعا أو غير مشروع- وعلة ذلك أن إجازة التمسك بالعقد الظاهر استثناء وارد على خلاف الأصل الذى يقضى بسريان العقد الحقيقى الذى

---

(١) الدناصورى والشواربى ص ٣٠٧ .

أراده المتعاقدان . وقد شرع هذا الاستثناء لحماية الغير الذى كان يجهل وجود هذا العقد وانخدع بالعقد الظاهر فاطمأن إليه وبنى عليه تعامله على اعتقاد منه بأنه عقد حقيقى ".

(طعن رقم ٢٤٤ لسنة ٣١ ق جلسة ١٩٦٥/١٢/٣٠)

٣٨٨ـ تسجيل العقد أو إثبات تاريخه لا يمنع من الطعن عليه بالصورية :

من المقرر أن تسجيل العقد لا يسلب من اكتسب من البائع حقاً على المبيع كالمشترى الثانى أن يطعن بالصورية المطلقة على عقد البيع الصادر للمشترى الأول من نفس البائع أو من خلفه رغم تسجيله ، ذلك أن التسجيل لا يصحح عقداً باطلاً وليس من شأنه أن يجعل العقد الصورى عقداً حقيقياً ، فضلاً عن أن التسجيل وحده ليس من شأنه أن ينقل الملكية بل يشترط أن يكون قد ورد على عقد جدى [1].

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " العقد الصورى يعتبر غير موجود قانونا ولو سجل . فإذا طلب مشتر بعقد غير مسجل الحكم على البائع بصحة التعاقد وإبطال البيع الآخر الذى سجل عقده واعتباره كأن لم يكن

---

(١) الدناصورى والشواربى فى الصورية ص ٢٢٦ .

لصوريته المطلقة فقضت له المحكمة بذلك بناء على ما ثبت لها من صورية العقد المسجل فإنها لا تكون قد أخطأت ولو كان العقد العرفى غير ثابت التاريخ وكان تاريخه الحقيقى لاحقا لتاريخ العقد المسجل ".

(طعن رقم ٣٨ لسنة ١٣ ق جلسة ١٩٤٣/١١/٢٥)

٢- " متى كان العقد صوريا فإنه لا يكون له وجود قانونا، فتسجيله وعدمه سيان ، ولكل دائن أن يتجاهله رغم تسجيله ولو كان دينه لاحقا له " .

(طعن رقم ٥٧ لسنة ١٥ ق جلسة ١٩٤٦/٤/٢٥)

٣- " لا مجال لإعمال الأسبقية فى ... بين صحيفتى دعوى صحة التعاقد إذا كان أحد العقدين صوريا صورية مطلقة ، وإذ كان الحكم المطعون فيه قد انتهى إلى أن عقد الطاعن صورى صورية مطلقة ، فإن لا يكون ثمة محل للمفاضلة بينه وبين عقد المتدخلين استنادا إلى أسبقية تسجيل صحيفة دعوى صحة العقد ".

(طعن رقم ١٥٢ لسنة ٣٦ ق جلسة ١٩٧٠/٥/٢١)

٤- " يجوزلمن كسب من البائع حقا على المبيع - كمشتر ثان- أن يثبت بكافة طرق الإثبات صورية البيع الصادر من سلفه صورية مطلقة ليزيل جميع العوائق القائمة فى سبيل تحقيق أثر عقده ، ولو كان العقد المطعون فيه مسجلا ، فالتسجيل ليس من

شأنه أن يجعل العقد الصورى عقدا جديا، كما أن التسجيل لا يكفى وحده لنقل الملكية بل لا بد أن يرد على عقد جدى ، ويعتبر الخلف الخاص من الغير بالنسبة إلى التصرف الصورى الصادر من البائع له إلى مشتر آخر " .

(طعن رقم ١٦١ لسنة ٣٨ ق جلسة ١٩٧٣/٦/٢٦)

٥- " إذ كان القانون لا يمنع المشترى الذى لم يسجل عقده من أن يتمسك بصورية عقد المشترى الآخر صورية مطلقة ولو كان مسجلا ليتوصل بذلك إلى محو هذا العقد من الوجود لكى يتمكن من تسجيل عقده هو أو الحكم الصادر بصحته ونفاذه فتنتقل إليه ملكية العين المبيعة إذ أنه بصفته دائنا للبائع فى الالتزامات المترتبة على عقد البيع الصادر له يكون له أن يتمسك بتلك الصورية أيا كان الباعث عليها لإزالة جميع العوائق التى تصادفه فى سبيل تحقيق أثر عقده ، وكان الحكم المطعون فيه قد امتنع عن تحقيق ما تمسك به الطاعنين من صورية عقد البيع الصادر إلى المطعون ضده الأول من مورث باقى المطعون ضدهم عن ذات المساحة المباعة لهم من نفس البائع على أساس أن عقد المطعون ضده الأول المشار إليه قد انحسم النزاع بشأنه بعد حلفه اليمين الحاسمة التى ردها عليه البائع مورث باقى المطعون ضدهم بما لايجوز معه للطاعنين

العودة إلى مناقشة هذا العقد فإنه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون بتعديه أثر هذه اليمين إلى غير من وجهها ومن وجهت إليه ".

(طعن رقم ٤١٠٤ لسنة ٦٠ ق جلسة ٦/٤/١٩٩٥)

٣٨٩ـ هل يجوز تجزئة دعوى الصورية ؟

من المقرر أن دعوى الصورية وبالتالى العقد الصورى كلاهما لا يقبل التجزئة فلا يصح القول إن العقد صورى بالنسبة لبعض الخصوم وغير صورى بالنسبة للبعض الآخر ، وعلى ذلك إذا طعن من بعض الخصوم على العقد بأنه صورى بالنسبة لهم ، فيتعين على المحكمة أن تبحث العقد جميعه ولا تقتصر على نصيب الطاعنين فقط ، إذ أن العقد إما أن يكون صوريا بالنسبة للجميع أو حقيقيا [١].

ويظهر ذلك عند اتحاد الخصوم فى مركز قانونى واحد كالورثة.

وطالما كانت دعوى الصورية غير قابلة للتجزئة وجب اختصام جميع من كان ماثلا أمام محكمة الدرجة الأولى عند رفع استئناف عن الحكم ، سواء كانوا محكوما لهم أو محكوما عليهم ، وإلا وجب على المحكمة الاستئنافية تكليف المستأنف بإدخالهم ولو بعد الميعاد.

---

(١) الدناصورى والشواربى ص٢٤٥- محمد شريف عبد الرحمن ص٧٢٢.

غير أن دعوى الصورية قد تكون قابلــة للتجزئــة إذا وردت على تصرف يقبل محله التجزئة كأرض فضـــاء أو زراعيـــة ، إذ يجوز تجزئتها بحيث ينفذ العقد فى القدر الـــذى لا يمـــس حقـــوق متصرف إليه آخر [١].

وقد قضت محكمة النقض بـأن :

١- " إذا كان الطاعنون قد وجهوا دفعهم بصورية عقـــد البيـــع الصادر من المطعون عليه السادس إلى المطعون علـــيهم الخمســـة الأولين ومورث المطعون عليها السابعة وصدر الحكم المطعون فيه مقررا رفض هذا الدفع فى مواجهة هؤلاء الخصوم جميعـــا وكـــان موضوع الصورية بهذا الوضع الذى انتهت به الدعوى غير قابـــل للتجزئة وكان مناط النعى على الحكم المطعون فيه هـــو موضـــوع الصورية الآنف ذكره فإنه لكى يكون الطعن مقبولا فى هذه الحالـــة يجب أن يختصم فيه كل من البائع والمشترين فى العقد المطعـــون فيه بالصورية ".

(طعن رقم ١٨٦ لسنة ١٩ ق جلسة ١٩٥٢/٢/٧)

٢- " إذا كان المشترى لم يختصم فى طعنه بطريـــق الـــنقض البائع إليه فى العقد المحكوم بصوريته والذى كان مختصـــما فـــى مرحلتى التقاضى الابتدائية والاستئنافية فإن الطعـــن يكـــون غيـــر

---

(١) المستشار أنور طلبه ص ٥٦٢ .

مقبول شكلا ، ذلك أن البائع هو خصم أصيل فى الدعوى ولايصح البت فى النزاع على صحة العقد الصادر منه فى غير مواجهتـه إذ لا يستقيم أن يكون العقد صحيحا بالنسبة لأحـد عاقديـه وبـاطلا بالنسبة للعاقد الآخر ".

(طعن رقم ١١٥ لسنة ٢١ ق جلسة ١٩٥٤/٣/١١)

كما قد قضت محكمة النقض بأن :

١- " إذا كانت الصورية المطلقة فى الدعوى غير قابلة للتجزئة فإنه يكون لمحكمة الموضوع أن تعول فى قضائها بها على قـرائن تتعلق بشخص الطاعنة الثانية (خصم آخـر) ولا عليهـا إن هـى اعتمدت على الأوراق المقدمة منها إلى الشهر العقـارى أو علـى العلاقة بينها وبين البائع للتدليل على هذه الصورية ".

(طعن رقم ٥٨٢ لسنة ٣٥ ق جلسة ١٩٧٠/٢/٢٦)

٢- " متى كان الطاعنات قد أقمن الدعوى بطلب الحكم بصحة ونفاذ العقد الصادر لهن من مورثهن ومورث المطعون ضـدهم ، وإذ دفع المطعون ضدهم الثلاثة الأولون الدعوى بأن ذلك العقـد لا يتضمن بيعا منجزا بل ينطوى فى حقيقته على تصرف مضاف إلى ما بعد الموت ، وكان النزاع فى هذه الصورة يدور حول المركـز القانونى للمطعون ضدهم والمستمد بالنسبة لهم جميعا من طعـنهم على التصرف الصادر من مورثهم إضـرارا بحقهـم فـى الإرث

باعتبارهم من الغير بالنسبة لهذا التصــرف ، وإذ يعـد المطعـون ضدهم جميعا سواء فى هذا المركز مادموا يستمدونه مــن مصــدر واحد هو حقهم فى الميراث ولايحتمل الفصل فــى طعـنهم علــى التصرف غير حل واحد ، وكان لايصح فى هذه الصورة أن يكون التصرف بيعا بالنسبة لبعضهم ويكون فى نفــس الوقــت وصــية بالنسبة للآخرين منهم وكان مؤدى ذلك هو عدم قابليــة موضــوع النزاع للتجزئة ، فإن بطلان الطعن بالنسبة للمطعون ضدها الثالثــة يستتبع بطلانه بالنسبة للمطعــون ضــدهم الآخــرين ، لأن حــق المطعون ضدها الثالثة وقد استقر بحكم حائز لقوة الأمر المقضــى يعلو على الأمل المرتقب للطاعنات فى كسب الطعن " .

(طعن رقم ١١٣ لسنة ٣٣ ق جلسة ١٩٦٨/٤/٣٠)

٣- " إذا كان الطاعن قد وجه دفعه بصورية عقد البيع الصادر لمورث المطعون عليهم وصدر الحكم المطعون فيه مقررا رفــض هذا الدفع فى مواجهة هؤلاء الخصوم جميعــا ، وكــان موضــوع الصورية بهذا الوضع الذى انتهت به الدعوى غير قابل للتجزئــة، وكان مناط النعى على الحكم المطعون فيه هو موضوع الصــورية الآنف ذكره ، فإن بطلان الطعن بالنسبة للمطعون عليهم الخمســة الأولين يستتبع بطلانه بالنسبة للمطعون عليه السادس ممــا يتعــين معه بطلان الطعن برمته ".

(طعن رقم ١٨٢ لسنة ٣٨ ق جلسة ١٩٧٤/٣/٢٨)

٣٩٠ـ جواز الطعن بالصورية أو البطلان بعد الإخفاق فى الادعاء بالتزوير :

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- " مفاد نص المادة ٢٧٦ من قانون المرافعات السابق ، أنه لايجوز الحكم بصحة الورقة ، وفى الموضوع معا ، بل يجب أن يكون القضاء بصحة الورقة سابقا على الحكم فى موضوع الدعوى، حتى لا يحرم الخصم الذى أخفق فى إثبات تزوير الورقة من أن يقدم ماعسى أن يكون لديه من مطاعن على التصرف المثبت فيها ، إذ ليس فى القانون ما يحول دون التمسك بطلب بطلان التصرف أو صوريته بعد الإخفاق فى الادعاء بتزوير الورقة المثبتة لهذا التصرف لاختلاف نطاق ومرمى كل من الطعنين عن الآخر ، إذ يقتصر الأمر فى الادعاء بالتزوير على إنكار صدور الورقة من المتصرف دون التعرض للتصرف ذاته من حيث صحته وبطلانه، فإذا ما ثبت للمحكمة فساد الادعاء بالتزوير وصحة اسناد التصرف إلى المتصرف ، فإن ذلك لا يقتضى بطريق اللزوم أن يكون هذا التصرف صحيحا وجديا " .

(طعن رقم ٢١٢ لسنة ٣٧ ق جلسة ١٩٧٢/٣/٢١)

٢- " لا مجال لإعمال المادة ٢٧٦ من قانون المرافعات السابق المنطبق على واقعة الدعوى- بشأن عدم جواز الحكم فى الادعاء

بالتزوير أو الموضوع معا- مادام أن دفاع المطعون ضـــده الأول وإن اتخذ صورة الادعاء بـــالتزوير - إلا أنـــه بحســـب التكييـــف الصحيح دفع بصورية التاريخ المدون بالعقد وبعدم الاحتجاج بهـــذا التاريخ على المورثة وعلى المطعون ضده الأول باعتباره خلفا لها وليس ادعاء بالتزوير كما ذهبت إلى ذلك خطأ محكمة الاســـتئناف ومن ثم فلا عليها إن هى قضت بحكم واحد بعدم صـــحة التـــاريخ وبرفض الدعوى تبعا لذلك تأسيسا على أن العقد حرر بعـــد وفـــاة الورثة فيكون بذلك صادرا ممن لا صفة له فى النيابة عنها ".

(طعن رقم ١٦٧ لسنة ٣٩ ق جلسة ١٩٧٤/٣/٢٦)

٣٩١ـ التمسك بالصورية يسبق رفع الدعوى البوليصية :

راجع بند (٣٤٣) .

٣٩٢ـ يجـوز الـدفع بالصوريـــة النسـبية بعـد الـدفع بالصورية المطلقة :

ليس هناك ما يمنع من الدفع بالصورية النسبية بعـــد التمســـك بالصورية المطلقة[١] .

---

(١) نبيل إبراهيم سعد وقد أشار إلى حكم النقض ١٩٨٦/١١/١٩ وهو غيـــر منشور .

٣٩٣- لايترتب على رفع دعوى الصورية وقف التقادم :
وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

"لاينقطع تقادم الدين الثابت بسند تنفيذى – سواء فى ظل القانون المدنى القديم أو بالتطبيق للمادة ٣٨٣ من التقنين المدنى الجديد- إلا بالتنبيه الذى يصدر من الدائن الذى بيده السند التنفيذى لمدينه أو بالحجز عليه أو بالإقرار الذى يصدر من المدين بحق الدائن صريحا كان ذلك الإقرار أو ضمنيا . ومن ثم فإن ادعاء ذلك الدائن بصورية عقد بيع صادر من مدينه لآخر ورفعه دعوى بطلب الحكم بهذه الصورية والقضاء بذلك لا يعتبر من الأعمال القاطعة للتقادم بحسب القانون ، ولا يشفع فى اعتبار دعوى الصورية قاطعة للتقادم القول بأنها ليست من قبيل الإجراءات التحفظية وأنها أقوى منها لأنها إنما تمهد للتنفيذ ذلك لأن دعوى الصورية شأنها كشأن باقى الدعاوى والطرق التى قررها الشارع فى التقنين المدنى للمحافظة على الضمان العام للدائنين ولا صلة لها بالطرق التنفيذية التى تكفل ببيانها قانون المرافعات ولا يمكن اعتبارها – مع التسليم بأنها تمهد للتنفيذ – بمثابة التنبيه القاطع للتقادم وهو ذلك التنبيه الذى نص عليه قانون المرافعات واعتبره من مقدمات التنفيذ . ونتيجة لما تقدم فإن عدم دفع تلك الدعوى لا يمكن اعتباره إقرارا ضمنيا للتقادم ".

(طعن رقم ٤١ سنة ٢٤ ق جلسة ١٩٥٨/٣/١٣)

٣٩٤ـ عدم تقادم دعوى الصورية :

دعوى الصورية ذاتها لا تسقط بالتقادم ، سواء رفعت من أحد طرفى العقد الصورى أو من الغير ، لأن المطلوب إنما هو تقرير أن العقد الظاهر لا وجود له ، وهى حقيقة قائمة مستمرة لم تنقطع حتى يبدأ سريان التقادم بالنسبة إليها [(١)].

أما إذا كانت دعوى الصورية تتضمن دعوى أخرى ، كما إذا طعن الورثة فى الهبة الصادرة من مورثهم بالبطلان وكانت مستترة فى صورة عقد بيع ، فإن هناك دعويين : إحداهما متعلقة بصورية عقد البيع وهذه لا تسقط بالتقادم ، والأخرى متعلقة بالطعن فى عقد الهبة (وهو العقد المستتر) بالبطلان وهذه تسقط بالتقادم شأنها فى ذلك شأن سائر دعاوى البطلان [(٢)].

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " الدعوى بطلب بطلان عقد البيع على أساس أنه يستر وصية وإن وصفت بأنها دعوى بطلان إلا أنها فى حقيقتها وبحسب المقصود منها إنما هى دعوى بطلب تقرير صورية هذا العقد صورية نسبية بطريق التستر ، وهذه الدعوى لا تسقط بالتقادم لأن ما يطلبه رافعها إنما هو تحديد طبيعة التصرف الذى قصده العاقدان

---

(١) السنهورى جـ٢ ص ١٠٢٧ – محمد شريف عبد الرحمن ص ٧١١ .
(٢) السنورى جـ٢ ص ١٠٢٧ .

وترتيب الآثار القانونية التى يجب أن تترتب على النيـــة الحقيقيـــة لهما واعتبار العقد الظاهر لا وجود له ، وهذه حالة واقعية قائمـــة ومستمرة لا تزول بالتقادم فلا يمكن لذلك أن ينقلب العقد الصـــورى صحيحا مهما طال الزمن ".

(طعن رقم ٩٨ لسنة ٣٥ ق جلسة ١٩٦٩/٣/٢٠)

٢- " الدفع ببطلان عقد البيع على أساس أنه يستر وصـــية وإن وصف بأنه دفع بالبطلان ، إلا أنه فى حقيقته وبحســـب المقصـــود منه- وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة- إنما هو دفع بصورية هذا العقد صورية نسبية بطريق التستر ، لا يسقط بالتقادم ، لأن ما يطلبه المتمسك بهذا الدفع إنما هو تحديد طبيعـــة التصـــرف الـــذى قصده العاقدان وترتيب الآثار القانونية التى يجب أن تترتب علـــى النية الحقيقية لهما ، واعتبار العقد الظاهر لا وجود له ، وهذه حالة واقعية ومستمرة لا تزول بالتقادم ، فلا يمكن لذلك أن ينقلب العقـــد الصورى صحيحا مهما طال الزمن ".

(طعن رقم ١٠٩ لسنة ٣٨ ق جلسة ١٩٧٣/٤/١٠)

٢ـ إحدى وسائل الضمان : الحق فى الحبس

مـــادة (٢٤٦)

١- لكل من التزم بأداء شئ أن يمتنع عن الوفاء به ، مـــادام الدائن لم يعرض الوفاء بالتزام مترتب عليه بسبب التزام المـــدين ومرتبط به ، أو مادام الدائن لم يقم بتقديم تـــأمين كـــاف للوفـــاء بالتزامه هذا .

٢- ويكون ذلك بوجه خاص لحائز الشئ ، أو محـــرزه ، إذا هو أنفق عليه مصروفات ضرورية أو نافعة ، فإن لـــه أن يمتنـــع عن رد هذا الشئ ، حتى يستوفى ما هو مســـتحق لـــه ، إلا أن يكون الالتزام بالرد ناشئا عن عمل غير مشروع .

الشـــرح

٣٩٥ـ المقصود بالحق فى الحبس :

الحق فى الحبس هو الحق المعترف به ، فى بعض الحـــالات، لأحد الدائنين الذى يلتزم بأداء شئ معين فى حوزته بأن يمتنع عـــن رده حتى يتم الوفاء بحق نشأ له بمناسبة التزامه ومرتبط به[١] .

فالحق فى الحبس يفترض أن هناك شخصين يحرز أو يحـــوز أحدهما شيئا يجب عليه أداؤه إلى الآخر ، وفى نفس الوقت له حق

---

(١) نبيل إبراهيم سعد ص ١٥٦ .

قبله مرتبط بالتزامه هذا . فيكون له أن يحبس الشئ الـــذى التـــزم بأدائه إلى أن يوفى له حقه . مثال ذلك أن يحبس البائع المبيع حتى يستوفى فى الثمن، وأن يحبس الصانع الشئ حتى يستوفى أجـــره، وأن يحبس المودع لديه الوديعة حتى يتقاضى أجره أو التعـــويض عما أصابه من خسارة .

فالحبس إذن وسيلة يراد بها حمل المدين على تنفيـــذ التزامـــه. وهو يبدو وسيلة طبيعية يقرها العقل لأول وهلة ، فأول ما يخطـــر للدائن ، إن كان مدينا فى نفس الوقت بأداء شئ لمدينـــه ، هـــو أن يحبس ما فى يده حتى يقضى له حقه . كما أن لحـــق الحـــبس مـــا يبرره من مقتضيات العدالة وحسن النية . فليس مـــن المقبـــول أن يطالب مدين دائنه بأن يؤدى إليه ما التزم به قبـــل أن يـــوفى هـــو بدينه[١].

٣٩٦ـ طبيعة الحق فى الحبس :

كان حق الحبس فى التقنين القديم ، حقا عينيا وفقـــا لنصـــوص صريحة فيه . فكانت المادة ١٩/٥ منه تذكره بين الحقوق العينيـــة التبعية التى كانت وفقا له " حق الامتياز وحق رهن العقـــار وحـــق اختصاص الدائن بعقار مدينه كله أو بعضه لحصوله علـــى دينـــه وحق الحبس ".

---

(١) اسماعيل غانم ص ٢٢٥ ومابعدها – عبد المنعم البدراوى ص ١٨٤.

وكانت المادة ٦٧٨/٥٥٤ منه ، التى تعدد أنواع الدائنين تـــذكر الدائنين العاديين ثم الدائنين ذوى الحقوق العينية وثـــم " الـــدائنون الذين لهم حق صالح للاحتجاج به على جميع الدائنين الآخرين فـــى حبس ما تحت أيديهم من ملك مدينهم إلى حين استيفاء ديونهم "[١].

(ب) فى التقنين المدنى الجديد :

لم يعد الحق فى الحبس فى ظل التقنين المدنى الجديد حقا عينيا أو حقا شخصيا ، بل هو حق المدين فى أن يقف الوفاء بدينه حتـــى يستوفى الدين الذى له فى ذمة دائنه ، فهو دفع بعدم التنفيذ ، يدخل تحته الدفع بعدم تنفيذ العقد الذى يعتبر فرعا منـــه . وهـــو بمثابـــة ضمان خاص أعطاه التقنين الجديد لكل دائن يكون مدينا فى الوقت ذاته لدائنه [٢].

---

(١) محمود جمال الدين زكى ص ٧٧ ومابعدها .

(٢) السنهورى جـ٢ ص ١٠٤٩ ومابعدها – والفقرة الأولى من المادة تقرر القاعدة العامة فى الحبس ، وتطبق الفقرة الثانية هذه القاعدة بوجه خاص على حالة حائز الشئ أو محرزه إذا هو أنفق عليه مصروفات ضرورية أو نافعة .

وفوق ذلك تضمن التقنين المدنى الجديد نصوصا تطبـــق هـــذه القاعـــدة العامة على العقود الملزمة للجانبين ومن أمثلة ذلك ما يأتى :

١- ما تنص عليه المادة ١٦١ مدنى من أنه : " إذا كانـــت الالتزامـــات المتقابلة مستحقة الوفاء ، جاز لكل من المتعاقدين أن يمتنع عـــن تنفيـــذ التزامه إذا لم يقم المتعاقد الآخر بتنفيذ ما التزم به ".

٢- ما تنص عليه المادة ٢/٤٥٧ مدنى من أنه :
" فإذا تعرض أحد للمشترى مستندا إلى حق سابق على المبيع أو آيل من البائع ، أو إذا خيف على المبيع أن ينزع من يد المشترى ، جاز له ما لم يمنعه شرط فى العقد أن يحبس الثمن حتى ينقطع التعرض أو يزول الخطر . ومع ذلك يجوز للبائع فى هذه الحالة أن يطالب باستيفاء الثمن على أن يقدم كفيلا ".
٢- ما تنص عليه المادة ١/٥٨٩ مدنى من أنه :
" يكون للمؤجر ، ضمانا لكل حق يثبت له بمقتضى عقد الإيجار ، أن يحبس جميع المنقولات القابلة للحجز الموجودة فى العين المؤجرة مادامت مثقلة بامتياز المؤجر ولو لم تكن مملوكة للمستأجر وللمؤجر الحق فى أن يمانع فى نقلها ، فإذا نقلت رغم معارضته أو دون علمه كان له الحق فى استردادها من الحائز لها ولو كان حسن النية ، مع عدم الإخلال بما يكون لهذا الحائز من حقوق " .
٣- ما تنص عليه المادة ٤٥٩ مدنى من أنه " ١- إذا كان الثمن كله أو بعضه مستحق الدفع فى الحال فللبائع أن يحبس المبيع حتى يستوفى ما هو مستحق له ولو قدم المشترى رهنا أو كفالة . هذا ما لم يمنح البائع المشترى أجلا بعد البيع .
٢- وكذلك يجوز للبائع أن يحبس المبيع ولو لم يحل الأجل المشترط لدفع الثمن إذا سقط حق المشترى فى الأجل طبقا لأحكام المادة ٢٧٣".
٤- ما تنص عليه المادة ١/٥٨٩ مدنى على أن : " يكون للمؤجر ، ضمانا لكل حق يثبت له بمقتضى عقد الإيجار ، أن يحبس جميع المنقولات القابلة للحجز الموجودة فى العين المؤجرة مادامت مثقلة بامتياز المؤجر ولو لم تكن مملوكة للمستأجر وللمؤجر الحق فى أن يمانع فى نقلها ، فإذا نقلت رغم معارضته أو دون علمه كان له الحق فى

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" صور المشروع حق الحبس تصويرا يكشف عــن حقيقتـــه ، فجعل منه مجرد دفع من الـــدفوع ، لايخـــتلط بـــالحقوق العينيـــة ولايشاركها فى مقوماتها. ثم إنه استعاض عن بيان أحوال الحـــبس على سبيل الحصر بإيراد قاعدة عامة ، لها من السعة مـــا يؤهلهـــا لأن تتناول جميع التطبيقات التى يملى الفعل فيها وجوب تخويل هذا الحق ، فتحامى بذلك ما ينطوى فى ذلك البيان مـــن إســـراف فـــى الحرج والتضييق "[١].

٣٩٧- نطاق الحق فى الحبس ونطاق الدفع بعدم التنفيذ :

راجع (المجلد الثالث) شرح المادة ١٦١ بند (٢٦١) .

استردادها من الحائز لها ولو كان حسن النية ، مع عدم الإخـــلال بمـــا يكون لهذا الحائز من حقوق " .

٥- ما تنص عليه المادة ٨٦٠ مدنى من أنه :

"١- إذا انهدم البناء وجب على صاحب السفل أن يعيد بناء سفله ، فـــإذا امتنع جاز للقاضى أن يأمر ببيع السفل إلا إذا طلب صاحب العلو أن يعيد هو بناء السفل على نفقة صاحبه .

٢- وفى الحالة الأخيرة يجوز لصاحب العلو أن يمنع صاحب السفل من السكنى والانتفاع حتى يؤدى ما فى ذمته ، ويجوز له أيضا أن يحصـــل إذن فى إيجار السفل أو سكناه استيفاء لحقه ".

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـــ٢ ص ٦٥١ .

٣٩٨ـ شروط الحق فى الحبس :

يشترط لتوافر الحق فى الحبس توافر الشروط الآتية :

الشرط الأول :

وجود التزام على الحابس بأداء شئ :

يفترض حق الحبس أن الحابس عليه التزام بأداء شئ .

وهذا الشرط يحتاج إلى تفصيل سواء فيما يتعلق بطبيعة الشئ محل الالتزام ، أو بمالكه ، أو بمشروعية وضع اليد عليه .

١- **فبالنسبة لطبيعة الشئ** ، فالأصل أنه لاتهم طبيعة الشئ إذ أن كافة الأشياء تصلح محلا لحق الحبس ، يستوى فى ذلك العقار أو المنقول .

وإذا كان الشئ منقولا فلا يهم أن يكون مثليا أو قيميا ، ماديا أو غير مادى، فقد يكون شيئا كما قد يكون عملا أو امتناعا عن عمل ، ويكون الحبس فى هذه الحالة الأخيرة فى صورة عدم تنفيذ العمل أو الامتناع .

ولكن بعض الأشياء لايجوز حبسها منها ما نص عليه المشرع كالمادة ٤١ من قانون المحاماة رقم ٩٦ لسنة ١٩٥٧ (الملغى) التى لاتبيح للمحامى أن يحبس عن موكله ما عهد به إليه من مستندات وأوراق أصلية إلى أن يستوفى ماله من أتعاب .

كما أن هناك استثناءات لم ينص عليها المشرع ولكنها مستمدة من وظيفة حق الحبس ذاته . فالحبس يؤدى إلى حرمان مالك الشئ من حيازته فيتعذر عليه الانتفاع بملكه ، ولذلك فإن الأشياء التى خصها المشرع بقواعد خاصة تهدف إلى إبقائها للمالك لا تصلح محلا لحق الحبس . فلا يجوز حبس الأشياء غير القابلة للحجز ، إذ يترتب عليه حبسها تفويت الغرض الذى قصده المشرع من منع الحجز عليها . وكذلك لايجوز حبس الأموال العامة إذ يترتب على حبسها تعطيل المنفعة العامة التى خصصت تلك الأموال من أجلها[1].

غير أن الحبس لا يرد على الأشخاص بأية حال ، فلا يجوز مثلا لصاحب المدرسة أن يحبس التلميذ عن ولى أمره لعدم دفعه المصروفات الدراسية ، ولا لمستشفى الولادة أن يحبس المولود عن ذويه حتى يستوفى أجره ، ولا لمتعهد الجنائز أن يمتنع عن تسليم جثة الميت إلى أهله حتى يستوفى منهم مصروفات الجنازة [2].

٢- **بالنسبة لملكية الشئ المحبوس** ، فالغالب أن يكون الشئ المحبوس مملوكا للمدين ، ولكنه قد يكون مملوكا للدائن الحابس نفسه وعليه التزام بأدائه ، فللمؤجر مثلا - وهو مالك للعين المؤجرة- أن يحبسها عن المستأجر حتى يستوفى ما اشترط تعجيله من أجرة .

---

(١) اسماعيل غانم ص ٢٢٩ - عبد المنعم البدراوى ص ١٨٦ .
(٢) السنهورى جـ٢ ص ١٠٥٤ هامش (١) .

وإذا كان الشئ مملوكا للمدين- كما هو الغالب- فقد يكون الدائن الحابس حائزا له بنية تملكه كما لو اشتراه من غير مالـــك مـــثلا ، وأنفق عليه مصروفات يحق له استردادها .

وقد يكون هذا الدائن الحابس مجرد حائز عرضى ليس لديه نية التملك ، ومثال ذلك المستأجر والمودع لديه والمستعير الذين أنفقوا مصروفات على الشئ مما يجوز لهم قانونا استردادها من المالـــك، فلهؤلاء جميعا أن يحبسوا الشئ الموجود فى حيازتهم .

وقد اتسعت الفقرة الثانية من المادة لهؤلاء جميعا حين أشـــارت إلى " حائز الشئ أو محرزه ".

٣- " أما فيما يتعلق بمشروعية وضع اليد على الشئ ، فإنــــه يشترط ألا يكون الدائن الحابس قد توصل إلى وضع يده على الشئ بطريقة غير مشروعة كالسرقة أو النصب .

فقد نصت الفقرة الثانية من المادة على حرمان حائز الشـــئ أو محرزه من الحق فى حبسه إذا كان التزامه برده " ناشئا عن عمـــل غير مشروع " . وعلى ذلك فمن يسرق منقولا أو يغتصب عقارا ثم يقوم بإنفاق مصروفات ضرورية عليه يكون مدينا برده إلى مالكـــه ودائنا بما أنفق من مصروفات . ولكن ليس له أن يحبس الشئ حتى يستوفى ما أنفق .

وعلى ضوء ذلك فإن الحائز سئ النية يكون له الحق فى الحبس إذا لم يكن قد توصل إلى وضع يده على الشئ بطريق غير مشروع، وذلك يرجع إلى أن العبرة طبقا لصريح نص الفقرة الثانية من المادة بأصل وضع اليد لا بنية الحائز . وعلى ذلك فقد يكون الحائز سئ النية يعلم أن فى حيازته اعتداء على حق للغير ، ولا يكون التزامه بالرد مع ذلك ناشئا عن عمل غير مشروع . مثال ذلك وكيل يظهر بمظهر المالك للشئ الذى تسلمه بمقتضى الوكالة ، ويلتزم بوصفه مالكا بإنفاق مصروفات عليه ، أو مستأجر يبنى فى الأرض المؤجرة دون علم المؤجر ، فالتزام كل منهما بالرد لم ينشأ عن عمل غير مشروع بل مصدره عقد الوكالة أو الإيجار . ولذلك كان لكل منهما أن يحبس ما فى يده إلى أن يستوفى ما هو مستحق له فى مقابل المصروفات أو البناء [١].

الشرط الثانى :

وجود حق للحابس مستحق الأداء :

فى هذا الشرط تتجلى خصائص حق الحابس باعتباره وسيلة ضغط خاصة لحمل المدين على الوفاء بالتزامه ، ووسيلة لضمان الوفاء بحق الدائن الحابس . فلأن الحق فى الحبس وسيلة لحمل

---

(١) عبد المنعم البدراوى ص ١٨٧ ومابعدها – نبيل إبراهيم سعد ص ١٦٤ ومابعدها .

المدين على تنفيذ التزامه لزم أن يكون للدائن الحابس حق واجب الأداء فى الحال .

ولهذا يجب أن يكون حق الحابس حقا مدنيا لا مجرد دين طبيعى ، فلا يجوز الحبس لحمل المدين على تنفيذ التزام طبيعى ، لأن فى ذلك إجبار بطريق غير مباشر على تنفيذ التزام لاجبر فى تنفيذه لانتفاء عنصر المسئولية فيه .

ويشترط أن يكون حق الحابس محقق الوجود ، فلا يجوز الحبس اقتضاء لحق متنازع فيه منازعة جدية، فمثلا لايجوز للمودع لديه أن يحبس الوديعة حتى يستوفى تعويضا يدعى أنه دائنا به إذا كانت دعوى التعويض لم يفصل فيها بعد .

واشترط كذلك **أن يكون حق الحابس مستحق الأداء** ، ولذلك لايجوز استعمال الحبس اقتضاء لحق مؤجل أو معلق على شرط واقف .

غير أن الأجل الذى يمنحه القاضى (نظرة الميسرة) لا يحول دون استعمال الدائن الحق فى الحبس . كذلك إذا تبرع الدائن بأجل للمدين لم يمنعه هذا من الحق فى الحبس ، ما لم يثبت المدين أن الدائن قد نزل بهذا الأجل الممنوح عن حقه فى الحبس .

وقد افترض القانون هذا النزول فى حالة ما إذا منح البائع المشترى أجلا بعد البيع لدفع الثمن (م٤٥٩/١ مدنى) .

وإذا كان العرف أو الاتفاق ، يقضى بتعجيل الوفاء بأحد الالتزامين لم يجز حبس هذا الالتزام لحين الوفاء بالالتزام الآخر. فقد جرى العرف مثلا على أن يقدم صاحب الفندق خدماته للنزيل قبل أن يستوفى ثمنها .

وإذا اتفق فى عقد البيع ، على تأجيل الثمن لايجوز للبائع أن يحبس المبيع لحين استيفائه[١] .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " يشترط لجواز حبس الالتزام استنادا إلى الدفع بعدم التنفيذ أن يكون الالتزام الذى يدفع بعدم تنفيذه التزاما مستحق الوفاء أى واجب التنفيذ حالا ، فإذا كان العقد يوجب على أحد المتعاقدين أن يبدأ بتنفيذ التزامه قبل المتعاقد الآخر فلا يحق للمتعاقد المكلف بالتنفيذ أولاً أن يحبس التزامه استنادا إلى هذا الدفع " .

(طعن رقم ٣٧٩ لسنة ٣٢ ق جلسة ١٩٦٦/١٢/٢٩)

٢- " الحق فى الحبس – وفقا لما جرى به نص المادة ٢٤٦ من القانون المدنى- يثبت للدائن الذى يكون ملتزما بتسليم شئ لمدينه فيمتنع عن تسليمه حتى يستوفى حقه قبل هذا المدين طالما أن التزامه بتسليم الشئ مرتبط بسبب الحق الذى يطلب الوفاء به

---

(١) محمود جمال الدين زكى ص ٨٢.

ومترتب عليه ومادام أن حق الدائن حال ولو لم يكن مقدرا بعد وهو وسيلة ضمان دون أن يكون وسيلة استيفاء " .

(طعنان رقما ٢٦٠٢ ، ٢٦٨٩ لسنة ٦٠ق جلسة ١٩٩٢/١/٢٩)

الشرط الثالث :

وجود ارتباط بين حق الحابس وبين التزامه بأداء الشئ :

عبرت الفقرة الأولى من المادة عن هذا الشرط بأنه يجب أن يكون التزام الطرف الآخر :

" مترتب عليه بسبب التزام المدين ومرتبط به " .

وهذا التعبير يتجاوز الغرض الذى قصده المشرع . فليس بشرط أن يكون سبب التزام المدين هو التزام الحابس بأداء الشئ. فإن ذلك لا يتحقق إلا إذا كان الالتزامان قد نشئا عن عقد ملزم للجانبين . فى حين أن نطاق حق الحبس لا يقتصر على دائرة العقود الملزمة للجانبين، بل هو لا يقتصر على دائرة العقود إطلاقا.

وهذا واضح من مواد المشروع التمهيدى التى كانت تنص على حق الحبس فى عقود ملزمة لجانب واحد ، وقد حذفتها لجنة المراجعة " اكتفاء بالقواعد العامة فى حق الحبس " . وقد ورد بمذكرة المشروع التمهيدى أن الدفع بعدم التنفيذ فى العقود التبادلية" هو فى جملته ليس إلا تطبيقا خاصا من تطبيقات حق الحبس "(١).

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٢ ص ٦٥١ .

كما أن الفقرة الثانية من المادة ٢٤٦ قد عنيت بأن تذكر من تطبيقات الحق فى الحبس ، حق حائز الشئ إذا هو أنفق عليه مصروفات ضرورية أو نافعة .

ويرجع ورود لفظ "السبب" فى المادة ١/٢٤٦ إلى خطأ فى ترجمة العبارة الفرنسية التى صيغ بها النص فى المشروع التمهيدى.

فيكفى إذن أن يوجد ارتباط بين الالتزامين ولا يشترط أن توجد علاقة سببية بينهما (١).

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" مجال إثارة الدفع بعدم التنفيذ مقصور على ما تقابل من التزامات طرفى الاتفاق ومناط ذلك إرادتهما وهو ما لمحكمة الموضوع حق استظهاره. وإذن فمتى كان الواقع هو أن المدعى عليه قد اشترى قطعة أرض تجاور ملك المدعى فأظهر الأخير رغبته فى أخذ هذه الأرض بالشفعة ولكن إجراءاتها لم تتم لاتفاق عقد بين الطرفين تنازل المدعى بمقتضاه عن السير فى دعوى الشفعة كما دفع مبلغا من المال إلى المدعى عليه وذلك فى مقابل إنشاء حق ارتفاق على عقاره لمصلحة عقار المدعى وهو عدم التعلية لأكثر من ارتفاع معين ، كما ورد فى الاتفاق أن المدعى قد

---

(١) اسماعيل غانم ص ٢٣٩ وما بعدها - عبد المنعم البدراوى ص ١٨٩ ومابعدها .

تعهد بترك مترين بطول ملكه ليكون مع ما يتركه المدعى عليه فضاء أو حديقة لمنفعة العقارين المتجاورين، وكانت المحكمة قد استخلصت من عبارات الاتفاق ونصوصه أن التزام المدعى بدفع المبلغ والتنازل عن طلب الشفعة هو مقابل التزام المدعى عليه بترك جزء فضاء من ملكه وعدم قيامه بتعلية بناء عمارته لأكثر من الارتفاع الوارد بالاتفاق وأن المدعى قد وفى بالتزامه بدفع المبلغ والتنازل عن الشفعة وأنه كان على المدعى عليه أن ينفذ التزامه بعدم تعلية البناء لأكثر من الارتفاع المتفق عليه، وأنه لا يجوز له التحدى بقيام المدعى بالبناء فى الأرض التى تعهد بتركها فضاء لأن هذا الالتزام مستقل عن الالتزامات المتقابلة التى رتبها العاقدان ولا مجال للتعرض لهذا الالتزام أو البحث فى الاخلال به لأن محله هو التداعى استقلالا، وكان هذا الذى استخلصته المحكمة هو استخلاص سائغ تحتمله نصوص العقد وتفيده عباراته ، فإنه يكون فى غير محله تذرع المدعى عليه بالدفع بعدم التنفيذ فى مقام الردعلى دعوى المدعى إذا هو طالبه باحترام التزامه بعدم التعلية".

(طعن رقم ٤٢٤ لسنة ٢١ ق جلسة ١٩٥٥/٤/١٤)

٢- " مجال إثارة الدفع بعدم التنفيذ- وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة- مقصور على ما تقابل من التزامات طرفى الاتفاق ومناط ذلك إرادتهما وهو ما لمحكمة الموضوع حق استظهاره ".

(طعن رقم ٣٩١ لسنة ٤٢ ق جلسة ١٩٧٧/٢/٢٢)

والارتباط المذكور يتخذ إحدى صورتين : الارتباط القانونى أو المعنوى ، والارتباط الموضوعى أو المادى .

ونعرض لهذين النوعين بالتفصيل فيما يلى :

أولاً : الارتباط القانونى أو المعنوى :

يتحقق الارتباط القانونى أو المعنوى إذا كان الالتزامان يكونان معا علاقة تبادلية .

وهذه العلاقة التبادلية قد يكون مصدرها عقدا ملزما للجانبين. وهذا هو أعلى درجات الارتباط ، إذ تقوم بين الالتزامين علاقة سببية ، ويتخذ الحبس صورة الدفع بعدم التنفيذ . فالدفع بعدم التنفيذ ليس إلا تطبيقا خاصا من تطبيقات الحق فى الحبس ، على الأقل فى الحالة التى يكون فيها التزام من يتمسك بالدفع التزاما بأداء شئ.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " الأجرة مقابل الانتفاع بالعين المؤجرة ، فإذا تعرض المؤجر للمستأجر وحال بذلك دون انتفاعه بهذه العين حق للمستأجر أن يحبس عنه الأجرة عن مدة التعرض " .

(طعن رقم ٢١١ لسنة ٣٤ ق جلسة ١٩٦٧/١٠/٢٦)

٢- " متى كان الثابت أن الطاعن تمسك فى دفاعه بأنه لا يحق للمطعون ضدهم طلب فسخ العقد طالما أنهم لم ينفذوا التزامهم بتسليمه الأرض المبيعة وتمكينه من وضع يده عليها ، وأن من حقه

إزاء ذلك أن يقف تنفيذ التزامه بباقى الثمن حتى يـوفى المطعـون ضدهم من التزامهم بالتسليم ، وكان الحكم المطعون فيه قد اكتفـى بالرد على ذلك بأن العقد قد خلا من ترتيب أى التزام على عـاتق المطعون ضدهم من حيث تسليم الأرض المبيعة وتمكين الطـاعن من وضع يده عليها ، فإن ذلك من الحكم خطأ فى القانون ، ذلك أن الالتزام بتسليم المبيع من الالتزامات الأصلية التى تقع على عـاتق البائع ولو لم ينص عليه فى العقد ، وهو واجب النفاذ بمجرد تمـام العقد ولو كان الثمن مؤجلا ما لم يتفق الطرفان على غير ذلك ".

(طعن رقم ٦ لسنة ٤١ ق جلسة ١٩٧٥/٤/٢٨)

٣- " فى العقود الملزمة للجانبين وعلى ما تقضى بـه المـادة ١٦١ من القانون المدنى إذا كانت الالتزامات المتقابلـة مسـتحقة الوفاء ، جاز لكل من المتعاقدين أن يمتنع عن تنفيذ التزامه إذا لـم يقم المتعاقد الآخر بتنفيذ ما التزم به ، وقد أجاز المشرع تطبيقا لهذا الأصل فى الفقرة الثانية من المادة ٤٥٧ للمشترى ما لم يمنعه شرط فى العقد أن يحبس الثمن إذا خيف على المبيع أن ينزع من يـده ، ومقتضى ذلك أن قيام هذا السبب لدى المشترى يخول له الحق فى أن يحبس ما لم يكن قد أداه من الثمن ، ولو كـان مسـتحق الأداء حتى يزول الخطر الذى يهدده ، وذلك ما لم يكن قد نزل عن هـذا الحق بعد ثبوته له إن كان فى العقد شرط يمنعه من استعماله ، فعلم

المشترى وقت الشراء بالسبب الذى يخشى معه نزع المبيع من يده لايكفى بذاته للدلالة على نزوله عن هذا الحق لأنه قد يكون محيطا بالخطر الذى يهدده ويكون فى نفس الوقت معتمدا على البائع فــى دفع هذا الخطر قبل استحقاق الباقى فى ذمته من الثمن مادام أنه لم يشتر ساقط الخيار ".

(طعن رقم ٢٧٤ لسنة ٤٠ ق جلسة ١٩٧٥/١٢/١٠)

٤- " أجاز المشرع- وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة- للمشترى إذا تبين له وجود سبب جدى يخشى معه نزع المبيع مــن تحت يده ، الحق فى أن يحبس ما لم يكن قد أداه من الثمن ولو كان مستحق الأداء حتى يزول الخطر الذى يتهدده ولئن كان تقدير جدية هذا السبب هو مما يستقل به قاضى الموضوع إلا أنه يجب أن يقيم قضاءه فى هذا الخصوص على أسباب سائغة تكفى لحمله " .

(طعن رقم ٦٩ لسنة ٤٦ ق جلسة ١٩٧٩/٥/٣١)

٥- " يشترط لقصر حق المشترى فى الحبس على جــزء مــن الثمن يتناسب مع الخطر الذى يتهــدده ، أن يكــون عالمــا وقــت استعمال حق الحبس بمقدار هذا الخطر ، وأن يبــين مــن الحكــم الابتدائى – الذى أيده الحكم المطعون فيه وأحال إلى أسبابه – أنــه رفض حق الطاعنين فى حبس باقى ثمن الأرض المبيعة استنادا إلى مجرد القول بأن وجود قيد تسجيل تنبيه نزع ملكيــة علــى الأرض

وفاء لمبلغ ٧٩٨٦ج و٢٦٥ م لا يكفى كمبرر لحبس كل الباقى من الثمن وقدره ٢٤٤٩٥ج ودون أن يستظهر الحكم علـــى الطـــاعنين بمقدار هذا الدين فى الوقت الذى استعملوا فيه حقهم فى الحـــبس ، فإنه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون وشابه القصور فى التسبيب".

(طعن رقم ٦٩ لسنة ٤٦ ق جلسة ١٩٧٩/٥/٣١)

٦- " للمتعاقد فى العقود الملزمة للجانبين الحق فى الامتناع عن تنفيذ التزامه إذا لم يقم المتعاقد الآخر بتنفيذ ما التزم به إعمالا لنص المادة ١٦١ من القانون المدنى ، إلا أن هذا الحق لا يحرمــــه – إن كان دائنا للمتعاقد الآخر – من استصدار أمر من القاضى المختص بتوقيع الحجز التحفظى تحت يد نفسه على ما يكون مدينا به لمدينه إعمالا لنص المادتين ٣١٦ و ٣٤٩ من قانون المرافعات، وتقـــدير مدى تحقق وجود هذا الدين وتوافر الخشية من فقد الدائن لضـــمان حقه أمر متروك لسلطة محكمة الموضوع التقديرية بعيدا عن رقابة محكمة النقض ".

(طعن رقم ٤٤٠ لسنة ٤٥ ق جلسة ١٩٧٩/٦/٢٥)

٧- " مفاد نص المادة ٢/٤٥٧ من القانون المدنى- وعلى مـــا جرى به قضاء هذه المحكمة- أن المشرع أجاز للمشـــترى حـــبس الثمن إذا تبين له وجود سبب جدى يخشى معه نزع المبيع من تحت يده فمجرد قيام هذا السبب لدى المشترى يخول له الحـــق فـــى أن يحبس ما لم يكن قد أداه من الثمن ولو كان مســـتحق الأداء حتـــى

يزول الخطر الذى يتهدده ، وعلم المشترى وقت الشـراء بالسـبب الذى يخشى معه نزع المبيع من تحت يده لا يكفى بذاته للدلالة على نزوله عن هذا الحق لأنه قد يكون محيطا بـالخطر الـذى يتهـدده ويكون فى ذات الوقت معتمدا على البائع لدفع هـذا الخطـر قبـل استحقاق الباقى فى ذمته من الثمن ، ولم يقصر المشرع فى المـادة المذكورة حق المشترى فى حبس الثمن على وقـوع تعـرض لـه بالفعل وإنما أجاز له هذا الحق أيضا ولو لم يقع هذا التعـرض إذا تبين له وجود سبب جدى يخشى معه نزع المبيع من تحـت يـده، وتقديره جدية السبب الذى يولد الخشية فى نفس المشترى من نـزع المبيع من تحت يده هو من الأمور التى يستقل بها قاضى الموضوع ولا رقابة عليه فى ذلك لمحكمة النقض متى أقـام قضـاءه علـى أسباب سائغة تكفى لحمله " .

(طعن رقم ٧١١ لسنة ٤٧ ق جلسة ١٩٨١/٢/١٠)

٨- " أجاز المشرع للمشترى فى المادة ٤٥٧ من القانون المدنى الحق فى حبس الثمن إذا تبين وجود سبب جدى يخشى معه نـزع المبيع من يده ، ومفاد هذا النص أن مجرد قيام هذا السبب، ولو لم يكن للبائع يد فيه يخول للمشترى الحق فى أن يحبس ما لم يكن قـد أداه من الثمن ، ولو كان مستحق الأداء حتى يزول الخطـر الـذى يهدده ، وتقدير جدية السبب الذى يولد الخشية فى نفس المشـترى

من نزع المبيع من تحت يده – وعلى ما جرى بـه قضـاء هـذه المحكمة – من الأمور التى يستقل بهـا قاضـى الموضـوع ، ولا رقابة عليه فى ذلك من محكمة النقض متى أقام قضاءه على أسباب سائغة " .

(طعن رقم ٧٠٩ لسنة ٤٨ ق جلسة ١٩٨٢/١١/١٨)

٩- " الحق فى الحبس- وفقاً لما جرى به نص المـادة ٢٤٦ من القانون المدنى- يثبت للدائن الذى يكون ملتزماً بتسـليم شـئ لمدينه فيمتنع عن تسليمه حتى يستوفى حقه قبل هذا المدين طالمـا أن التزامه بتسليم الشئ مرتبط بسبب الحق الذى يطلب الوفاء بـه ومترتب عليه ومادام أن حق الدائن حال ولو لم يكن مقدراً بعد وهو وسيلة ضمان دون أن يكون وسيلة استيفاء ".

(طعنان رقما ٢٦٠٢، ٢٦٨٩لسنة ٦٠ق جلسة ١٩٩٢/١/٢٩)

١٠- " لما كان الثابت فى الأوراق أن الطاعن قد تمسك أمـام محكمة الاستئناف – فـى المـذكرتين المقـدمتين منـه بتـاريخ ١٩٩٧/١٢/٢٥، ١٩٩٨/٥/٥ – بحقه فى حبس الباقى مـن ثمـن الشقة خشية أن ينتزعها الغير من تحت يده ، وقدم تـدليلاً علـى جدية هذا السبب كشفاً رسمياً صادرا من الضرائب العقارية ثابـت فيه أن العقار الكائن به شقة التداعى مملوك لغيـر البـائع لـه – المطعون ضده – وكان الحكم المطعون فيه قد التفت عن هذا الدفاع

إيراداً ورداً على الرغم من أنه دفاع جوهرى من شأنه – لو صح– أن يتغير به وجه الرأى فى الدعوى ، واقتصر على بحث الشـــرط الفاسخ وخلص إلى تحققه ، ورتب على ذلك قضاءه بتأييد ما قضت به محكمة أول درجة من فسخ عقد البيع وتسليم الشقة إلى المطعون ضده فإنه يكون قد ران عليه القصور المبطل مما يعيبه ".

(طعن رقم ٣٢٠٣٠ لسنة ٦٨ ق جلسة ١٩٩٩/٥/٩)

٣٩٩ـ وفاء المدين بدينه عن طريق إيداعــه مباشــرة دون عرضه على الدائن :

إذا كان المدين يطالب بالتزام مقابل لالتزامه قبل الدائن ، ولــم يوف له الدائن بالتزامه ، جاز للمدين أن يوفى بالتزامه عن طريق إيداع الشئ مباشرة لذمة الدائن دون حاجة إلى عرضه عليه .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" نص المادة ٣٣٨ من القانون المدنى يجيز للمدين الوفاء بدينه عن طريق إيداعه مباشرة دون عرضه على الدائن إذا كانت هنـــاك أسباب جدية تبرر ذلك ومن هذه الأسباب – على ما صرحت بـــه المذكرة الإيضاحية– حالة ما إذا كان المدين يطالب بالتزام مقابل لم يتيسر له استيفاؤه قبل تنفيذ التزامه ومن ثم يكون للبائع بعد فســـخ البيع فى حالة رفض المشترى تسليمه المبيع مقابل استيفائه ما دفعه

من الثمن أن يوفى بالتزامه برد الثمن الذى قبضه عن طريق إيداعه مباشرة لذمة المشترى دون حاجة إلى عرضه عليه ".

(طعن رقم ٤٩٣ لسنة ٣٤ ق جلسة ١٩٦٨/٦/٢٧)

وقد توجد علاقة تبادلية ، يقوم على أساسها الارتباط بين الالتزامين ، دون أن يكون مصدرها عقدا ملزما للجانبين نتيجة لبعض الصور منها :

(أ)- انحلال عقد بالبطلان أو الفسخ أو لأى سبب آخر. إذ يترتب على انحلال العقد أن يلزم كل من المتعاقدين برد ما أخذه [١].

فيحبس الشئ إلى أن يقوم المتعاقد الآخر بتنفيذ التزامه . مثل ذلك البائع يحبس المبيع متمسكا بالدفع بعدم تنفيذ المشترى لالتزامه بأداء الثمن (م٤٥٩) . وللمشترى أن يحبس الثمن متمسكا بالدفع بعدم تنفيذ البائع لالتزامه (م٤٥٧) . وللمؤجر أن يدفع بعدم التنفيذ فيحبس العين المؤجرة حتى يستوفى ما اشترط دفعه من الأجرة

---

(١) وكانت المادة ٢٢٤ من المشروع التمهيدى تنص على أن :
" إذا انحل العقد بسبب البطلان أو الفسخ أو بأى سبب آخر ، وتعين على كل من المتعاقدين أن يرد ما استولى عليه ، جاز لكل منهما أن يحبس ما أخذه مادام المتعاقد الآخر لم يرد إليه ما تسلمه منه ، أو يقدم ضمانا لهذا الرد وذلك طبقا للقواعد المقررة فى حق الحبس "- إلا أن هذه المادة حذفت فى لجنة المراجعة " لأنها تطبيق للقاعدة العامة فى حق الحبس ".
(مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٢ ص ٣٣١ هامش ١).

مقدما . وللمقاول أن يحبس البناء بعد إتمامه إلى أن يستوفى ما هو مستحق له بمقتضى عقد المقاولة[١].

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " للمشترى حق حبس العين المحكوم بفسخ عقد البيع الصادر له عنها حتى يوفيه البائع ما دفعه من الثمن تأسيسا على أن التزامه بتسليم العين بعد الحكم بالفسخ يقابله التزام البائع برد ما تسلمه من الثمن، إلا أن حق المشترى فى الحبس ينقضى بوفاء البائع بالتزامه " .

(طعن رقم ٤٩٣ لسنة ٣٤ ق جلسة ١٩٦٨/٦/٢٧)

٢- " ثبوت حق المشترى فى حبس قيمة الثمار إلى أن يستوفى من البائع – بعد فسخ عقد البيع– ما هو مستحق له فى ذمته من فوائد ما دفعه من الثمن ، لا يمنع من الحكم بقيمة الثمار المستحقة للبائع على أن يكون تنفيذ هذا الحكم ، مشروطا بأداء البائع للمشترى ما هو مستحق له فى ذمته من فوائد ما قبضه من الثمن من تاريخ هذا القبض حتى تاريخ الوفاء " .

(طعن رقم ٤٩٢ لسنة ٣٤ ق جلسة ١٩٦٨/٦/٢٧)

---

(١) السنهورى جـ٢ ص ١٠٦٠ ومابعدها – اسماعيل غانم ص ٢٣٦ ومابعدها – محمود جمال الدين زكى ص ٨٢ .

٣- " الصحيح فى القانون - وعلى ما جرى به قضاء النقض- هو أن التزام المشترى برد العقار بعد فسخ البيع إنما يقابل التـزام البائع برد ما قبضه من الثمن ، وأن التزام المشترى بـرد ثمـرات العين المبيعة يقابل التزام البائع برد فوائد ما قبضه من الثمن ، بما مؤداه أن من حق المشترى أن يحبس ما يستحقه البائع فى ذمته من ثمار حتى يستوفى منه فوائد ما دفعه من الثمن " .

(طعن رقم ٣٢١ لسنة ٣٧ ق جلسة ١٩٧٢/٤/١٨)

٤- " لما كان الثابت فى الأوراق أن الطاعن تمسك فى دفاعـه أمام محكمة الموضوع بحقه فى حبس الشقة التى كانت فى حيازته بمقتضى عقد الوكالة سالف الذكر (الصادر له من المطعون ضده) حتى يستوفى ما أنفقه فى تشطيبها ، وما دفعه من ثمنها نيابة عـن المطعون ضده ، وقيمة ما سدده من القرض التعاونى ، وأن الحكم المطعون فيه رفض هذا الدفع على سند من أن القضاء ببطلان عقد شرائه (عقد شراء الطاعن للشقة) ورفض دعواه بعدم نفاذ إلغـاء التوكيل الصادر من المطعون ضده فى حقه يجعل يده على الشـقة يد غاصب ، فإنه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون ، وإذ حجبه هذا الخطأ عن تمحيص دفاع الطاعن ، فإنه فضلا عمـا تقـدم يكـون مشوبا بقصور يبطله " .

(طعن رقم ٢١٤٣ لسنة ٦٠ ق جلسة ٢٠٠١/٤/١٠)

(ب) بمناسبة عقد ملزم لجانب واحد ، إذا نشأ للمدين حق بعد العقد (وهذا ما يسمى بالعقد التبادلى الناقص) . ومثاله حق المودع لديه فى حبس الوديعة حتى يستوفى ما أنفق من مصروفات فى حفظها ، فالوديعة ملزمة أصلا للمودع لديه ، والتزام المودع برد المصروفات لم ينشأ من العقد وإنما نشأ من الفعل النافع (إثراء بلا سبب) ويذهب الفقه أيضا إلى وجود مقابل واضح بين الالتزامين[١] يبرر الحبس .

(ج) وقد لا يوجد عقد على الإطلاق ، كالفضالة إذ يلتزم الفضولى برد ما استولى عليه بسبب الفضالة (م١٩٣ مدنى) .

والعلاقة بين رب العمل والفضولى ، إذ يلتزم رب العمل بأن يرد إلى الفضولى النفقات الضرورية والنافعة التى سوغتها الظروف مضافا إليها فوائدها من يوم دفعها ، وبتعويضه عن الضرر الذى لحقه بسبب قيامه بالعمل (م١٩٥ مدنى) .

فلم يكن العقد مصدرا لأى من هذين الالتزامين ، فالتزام الفضولى مصدره القانون ، والتزام رب العمل مصدره الإثراء بلا سبب .

ومن ذلك أيضا علاقة الوصى بالصغير عند انتهاء الوصاية. فالوصى يلتزم بتسليم ما فى يده من أشياء مملوكة للصغير وله الحق فى استرداد ما أنفق من مصروفات فى تنفيذ الوصاية .

---

(١) السنهورى ص ١٠٦٢ .

فيكون له أن يحبس ما فى يده حتى يستوفى ما هو مستحق له ومثله فى ذلك الولى والقيم [١].

ثانياً : الارتباط الموضوعى أو المادى :

يقوم هذا الارتباط على واقعة مادية هى حيازة الشئ أو إحرازه، أى إذا كانت العلاقة بين من فى يده الشئ وبين من له حق استرداده قد نتجت عن مجرد حيازة الشئ أو إحرازه دون أن توجد أى رابطة أخرى تربط بينهما ، ولذلك يجب حتى يستطيع الحائز أو المحرز استعمال الحق فى الحبس أن يتحقق الارتباط الموضوعى أو المادى بأن يكون حق الحائز أو المحرز قد نجم عن الشئ ذاته.

ويتحقق ذلك فى إحدى صورتين :

الصورة الأولى :

حالة ما إذا أنفق الحائز مصروفات يحق له قانونا استردادها .

وقد عنى المشرع بالنص على هذه الصورة فبعد أن ضمن الفقرة الأولى من المادة ٢٤٦ القاعدة العامة فى حق الحبس ، نص فى الفقرة الثانية على أن : " ويكون ذلك بوجه خاص لحائز الشئ أو محرزه . إذ هو أنفق عليه مصروفات ضرورية أو نافعة ، فإن له أن يمتنع عن رد هذا الشئ حتى يستوفى ما هو مستحق له " .

---

(١) عبد المنعم البدراوى ص ١٩١ – اسماعيل غانم ص ٢٣٨ – محمود جمال الدين زكى ص ٨٣ .

والحق فى الحبس لاستيفاء المصروفات الضرورية أو النافعة يثبت للحائز سواء كان حسن النية أو سئ النية ، بشرط ألا يكـون قـد توصل إلى وضع يده على الشئ بطريق غير مشروع .

ومن تطبيقات الحبس للارتباط الموضوعى المبنى على إنفـاق الحائز لمصروفات يحق له استردادها ، حالة من يشترى بحسن نية منقولا مسروقا أو ضائعا فى سوق أو مزاد علنى أو ممن يتجر فى مثله . فعلى حائز المنقول فى هذه الحالة أن يرده إلـى مالكـه إذا طلب استرداده فى خلال ثلاث سنوات من وقت السرقة أو الضياع (م٩٧٧/١). وعلى المالك أن يؤدى له الثمن الذى دفعه (م٩٧٧/٣) . فيكون للحائز أن يحبس المنقول حتى يستوفى الثمن [١].

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" ومن تطبيقات حق الحبس كذلك ما يعرض عند إنفاق الحـائز مصروفات ضرورية أو نافعة على الشئ الذى يوجد فى يده . فمثل هذا الحائز ملزم برد الشئ إلى مالكه ، ولكن من حقه فـى الوقـت نفسه ، أن يستأدى ما أنفق من تلك المصروفات ، فثمة التزامـان مرتبطان على وجه التبادل أو القصاص ، يتفرع على ارتباطهمـا هذا إثبات حق صاحب اليد فى أن يحبس الشئ حتى يستوفى ما هو

---

(١) اسماعيل غانم ص ٢٣٩ - محمود جمال الدين زكى ص ٨٣ ومابعدها- محمد على عمران ص ١٢٣ ومابعدها .

مستحق له ، إلا أن يكون قد أحرز هذا الشئ بوسيلة غير غير مشروعة (كالسرقة مثلا) " [١].

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " إذا كان الطاعن قد أورد في مذكرته أمام محكمة الاستئناف والمعلنة إلى المطعون عليها قوله " للطاعن الحق في حبس العين المبيعة تحت يده مقابل المصروفات التى أنفقها في إصلاح الأطيان وردمها " ، وكان هذا الدفاع يختلف فى أساسه عن الدفاع الذى أبداه الطاعن أمام محكمة أول درجة بأنه اتفق مع البائعة على خصم المصروفات التى ينفقها على الأطيان المبيعة من الثمن وقد ردت تلك المحكمة فى حكمها على هذا الدفاع بما ينفيه، وكانت المادة ٢٤٦ من القانون المدنى إذ أوردت فى الفقرة الأولى منها القاعدة العامة فى حق الحبس قد نصت بفقرتها الثانية على إحدى حالاته البارزة فقالت " يكون ذلك بوجه خاص لحائز الشئ أو محرزه إذا هو أنفق عليه مصروفات ضرورية أو نافعة فإن له أن يمتنع عن رد هذا الشئ حتى يستوفى ما هو مستحق له إلا أن يكون الالتزام بالرد ناشئا عن عمل غير مشروع " . وإذ أغفل الحكم المطعون فيه إعمال حكم هذا النص بشأن دفاع الطاعن المشار إليه لبيان مدى انطباقه عليه وما يحق للطاعن حبسه وفقا للقانون مما قد

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٢ ص ٦٥١ .

يتغير به وجه الرأى فى الدعوى وقضى الحكم بتسليم الأطيان المبيعة إلى المطعون عليها الأولى ، فإنه يكون مشوبا بالقصور ".

(طعن رقم ٥٠٥ لسنة ٣٤ ق جلسة ١٩٦٨/١٢/١٠)

٢- " حق الحائز فى حبس العقار- مقرر تنفيذا للحق فى الحبس الذى نصت عليه المادة ١/٢٤٦ من القانون المدنى من أن لكل من التزم بأداء شئ أن يمتنع عن الوفاء به ، مادام الدائن لم يعرض الوفاء بالتزام مترتب عليه بسبب التزام المدين ومرتبط به أو مادام الدائن لم يقم بتقديم تأمين كاف للوفاء بالتزامه هذا ، ثم فإن للحائز أن يحتج بالحق فى حبس العقار فى مواجهة الغير ومن بينهم الخلف الخاص للبائع ، إلا أن هذا الحق لا يسرى على من يشهر حقه من أصحاب الحقوق العينية قبل أن يثبت للحائز الحق فى حبس العين لأن – الحق فى الحبس لا يختلط بالحقوق العينية ولا يشاركها فى مقوماتها ولا يعطى لحائز الشئ الحق فى التتبع والتقدم".

(طعن رقم ٩١٥ لسنة ٤٤ ق جلسة ١٩٧٨/٣/٣٠)

٣- " المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن مفاد ما نصت عليه المادة ٢٤٦ من القانون المدنى أن لحائز الشئ الذى أنفق عليه مصروفات ضرورية أو نافعة حق حبسه حتى يستوفى ما هو مستحق له وأن القانون أعطى هذا الحق للحائز مطلقا ".

(طعن رقم ٤٢٤ لسنة ٥٦ ق جلسة ١٩٨٩/١/١٨)

٤- " مفاد نص المادة ٢٤٦ من القانون المدنى- وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة- أن لحائز الشئ الذى أنفق مصروفات ضرورية أو نافعة حق حبسه حتى يستوفى ما هو مستحق له ، يستوى فى ذلك أن يكون الحائز حسن النية أو سيئها ، إذ أعطى القانون بهذا النص الحق فى الحبس للحائز مطلقا، وبذلك يثبت لمن أقام منشآت على أرض فى حيازته الحق فى حبسها حتى يستوفى التعويض المستحق له عن تلك المنشآت طبقا للقانون . وكان الطاعن الأول قد تمسك فى دفاعه أمام محكمة الاستئناف بأنه كان يضع يده على العقار المشفوع فيه باعتباره مستأجرا ثم بوصفه شفيعا بالحكم الصادر له فى الدعوى . وأن من حقه حبس العقار حتى يسترد من الشفيع قيمة البناء الذى شيده ، وإذ رفض الحكم المطعون فيه هذا الدفاع وقضى بالتسليم بقوله " وحيث إنه عن الطلب الخاص بحبس الأرض المشفوع فيها عملا بالمادة ٢٤٦ من القانون المدنى فإن ذلك مجاله بين البائع والمشترى والعلاقة القائمة بينهما وليس للشفيع دخل فيها " . فإنه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون وحجبه ذلك عن مواجهة هذا الدفاع والرد عليه بما يعيبه أيضا بالقصور فى التسبيب " .

(طعن رقم ٣١٦٠ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٩١/٥/٢٨)

٥- " إن مفاد نص المادة ٢٤٦ من القانون المدنى أن لحائز الشئ الذى أنفق مصروفات ضرورية أو نافعة الحق فى حبسه حتى يستوفى ما هو مستحق له ، ويستوى فى ذلك أن يكون الحائز حسن النية أو سيئها ، إذ أعطى القانون بهذا النص الحق فى الحبس مطلقا ، ولم يستثن من ذلك إلا أن يكون الالتزام بالرد ناشئا عن عمل غير مشروع كالشأن بالنسبة للحيازة التى تتم خلسة أو غشا أو غصبا أو إكراها ، أما إذا كانت تقوم على سند من القانون ثم زال هذا السند كما هو الحال فى خصوص انتهاء الوكالة ، فإنه يجوز للوكيل إذا كان حائزا لشئ مملوك للموكل – وباعتباره حائزا – أن يدفع بحقه فى حبسه حتى يستوفى ما يثبت أنه أنفقه من مصروفات ضرورية أو نافعة " .

(طعن رقم ٢١٤٣ لسنة ٦٠ ق جلسة ٢٠٠١/٤/١٠)

الصورة الثانية :

حالة ما إذا أصاب الحائز ضرر من الشئ يستحق عنه تعويضا.

هذه الصورة لم ينص عليها المشرع . وهى حالة ما إذا كان الشئ قد سبب ضررا نشأ عنه حق للمضرور فى التعويض .

ومع ذلك فلا شك أن للمضرور إذا كان الشئ فـي يـده ، أن يحبسه إلى أن يستوفى ما هو مستحق له . إذ أن الارتباط متحقـق فى هذه الحالة .

فإذا فر حيوان من حارسه إلى ملك الجار فسبب فيه ضررا، كان للجار الحق فى حبسه أو إذا ألحق الحيوان ضررا بأحـد المـارة ، كان للمضرور الحق فى حبسه لحـين اقتضـاء التعـويض. أو إذا دخلت بقرة أرض شخص فأتلفت زرعه فيكون لصاحب الأرض أن يحبس البقرة فلا يردها إلى صاحبها حتى يفى لـه هـذا الأخيـر بالتعويض المستحق له[١] .

أما إذا لم يوجد ارتباط على أى نحو ، فلا يكـون للمـدين أن يمتنع عن الوفاء بالتزامه ولو كان دائنه لم يف بـالالتزام الواقـع عليه[٢].

٤٠٠- جواز تحقق الارتباط القانونى (المعنـوى) والارتبـاط المادى معا :

يلاحظ أن ثمة حالات يجتمع فيها الارتباط القانونى (المعنـوى) والارتباط المادى معا . وهى تلك الحالات التى توجد فيها رابطـة

---

(١) مصطفى عدوى ومحمد محى الدين إبراهيم ص ٢١٣- محمـد لبيـب شنب ص ٢٨٩ .

(٢) محمد لبيب شنب ص ٢٨٩ .

تبادلية بين حق الحابس والتزامه بالرد (وهذا هو الارتباط القانونى) ويكون أيضا حق الحابس قد نشأ بسبب حيازته للشئ من مصروفات أنفقها عليه أو ضرر أصابه منه .

فالوكيل أو المودع عنده ، إذا حبس الأشياء التى عهدت إليه بحكم الوكالة أو الوديعة إلى أن يستوفى ما هو مستحق له من مصروفات أنفقها على تلك الأشياء ، له أن يستند – كأساس لحقه فى الحبس– إلى الارتباط المعنوى ، فالتزامه بالرد والتزام الموكل أو المودع بدفع المصروفات يكونان معا علاقة تبادلية . كما أن له أن يستند إلى الارتباط الموضوعى ، فقد نجم عن الشئ المحبوس ذاته . ومثلهما فى ذلك المقاول الذى يقوم باستصناع مادة أولية عهد إليه بها رب العمل فيكون له أن يحبس المادة بعد استصناعها إلى أن يستوفى ما هو مستحق له ، وحقه فى الحبس قائم على أساس من الارتباط المعنوى ومن الارتباط المادى معا[١].

٤٠١ـ أهمية التمييز بين نوعى الارتباط :

للتمييز بين الارتباط القانونى (المعنوى) والارتباط المادى أهمية من ناحيتين :

---

(١) اسماعيل غانم ص ٢٤٠ – عبد المنعم البدراوى ص ١٩٢ ومابعدها .

١- ففى الارتباط المادى - فى صورة استرداد المصروف يحتج بالحق فى الحبس على الكافة ، ذلك أن المصروفات قد أفادت الشئ فى ذاته ، فيحتج بها على من له حق على الشئ ، حتى لو نشأ له هذا الحق قبل إنفاق المصروفات .

أما فى غير ذلك أى فى الارتباط المادى فى صورة التعويض المستحق عن ضرر نجم عن الشئ وفى الارتباط القانونى (المعنوى) ففى الأمر تفصيل سيأتى بيانه فى شرح المادة (٢٤٧).

٢- ومن حيث محل الحبس ، نجد أنه حيث يستند الحبس إلى إرتباط مادى فإن الحبس يقتصر على الشئ الذى أنفقت عليه المصروفات أو نشأ عنه الضرر . أما فى الارتباط القانونى (المعنوى) فإن الحق فى الحبس يمتد إلى كافة الالتزامات التى على الدائن التزام بأدائها مادام هذا الالتزام مرتبطا بالتزام الطرف الآخر ارتباطا تبادليا ، ولو كان حق الدائن الحابس قد نشأ بسبب مصروفات أنفقت على بعض هذه الأشياء دون البعض الآخر . فمثلا فى عقد المقاولة ، يجوز للمقاول أن يحبس الشئ الذى يستحق عنه أجرا وكذلك غيره من الأشياء التى يكون رب العمل قد سلمها إليه لإجراء العمل ، وذلك حتى يستوفى أجره .

وإذا اجتمع نوعا الارتباط كما فى الوديعة ، جاز للدائن (المودع لديه) أن يحبس استنادا إليهما معا ، فيستند إلى الارتباط المادى

ليحتج بحقه فى المصروفات على من يثبت حقه على الوديعة حتى قبل إنفاقها ، ويستند إلى الارتباط المعنوى ليحبس كل ما فــى يــده للمودع ولو لم يكن مما أنفق عليه مصروفات(١).

٤٠٢ ـ الوفاء الجزئى لا يحول دون الحبس :

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" متى كان الواقع فى الدعوى هو أن المطعون عليه تعاقد مــع الطاعنة على استغلال فيلم فى الخارج لقاء مبلــغ معــين- ٧٥٠٠ جنيه – يدفعه المطعون عليه ، دفع منه وقت العقــد جــزءا ١٠٠٠ جنيه – وتعهد بدفع جزء آخر – ٣٠٠٠ جنيه – فى مدى شهر من التوقيع على العقد بحيث إذا تأخر عن دفع هذا الجزء فــى ميعــاده يصبح المبلغ الذى دفع أولاً حقا للطاعنة بصفة تعــويض ويعتبــر العقد لاغيا وباقى المبلغ يدفع عند تســليم الفلــيم فــى الخــارج ، وتعهدت الطاعنة بأن يتم إرسال الفيلم إلى الخارج فى خلال أربعة شهور من تاريخ التعاقد – أى بعد وفاء المطعون عليه بالتزامــه- وكان الثابت من أوراق الدعوى أن المطعون عليه لم يف بما تعهد به إذا لم يدفع سوى مبلغ ٢٠٠٠ جنيه بعد الميعاد المتفق عليه فإنه يكون للطاعنة- رغما عن قبولها الوفاء الجزئىعلى غيــر الوجــه

---

(١) عبد المنعم البدراوى ص ١٩٣ وهامش (١) – اسماعيل غانم ص ٢٤٠ ومابعدها .

المتفق عليه – أن تحبس التزامها بالتسليم حتى يقوم المطعون عليه بالوفاء الكامل ، إذ ليس من شأن قبول الطاعنة للمبلغ الذى دفعه المطعون عليه بعد الميعاد المتفق عليه ما يسقط حقها فى الحبس بل كل ما عسى أن يكون له من شأن أنه – إذا أكمل المطعون عليه المبلغ إلى ٣٠٠٠ جنيه – يصلح دفعا لدعوى الطاعنة إذا هى رفعتها طالبة الفسخ لعدم وفاء الطاعن بما تعهد به على الوجه المتفق عليه. أما حقها هى فى حبس التزامها بالتسليم فلا يسقطه قبولها وفاء بعض المتعهد به بعد الميعاد المتفق عليه ، وإذن فمتى كان الحكمان المطعون فيهما قد انتهيا إلى فسخ العقد تأسيسا على أن الطاعنة هى التى تخلفت عن وفاء التزامها بالتسليم لأن تأخر المطعون عليه فى الوفاء بما تعهد بدفعه فى ميعاده لا يعتبر تقصيرا تترتب عليه آثاره لأنه وقع بقبول ورضاء الطاعنة فإنهما يكونان قد أخطئا فى تطبيق القانون ".

(طعن رقم ١٣٨ لسنة ١٩ ق جلسة ١٩٥١/٦/١٤)

٤٠٣ ـ أثر الحبس على الشرط الفاسخ :

الشرط الصريح الفاسخ لا يحول دون استعمال الحق فى الحبس، لأن هذا الشرط لايتحقق إلا إذا كان التخلف عن الوفاء بغير حق، فإذا كان من حق المتعاقد الآخر قانونا أن يحبس الشئ فلا عمل للشرط الفاسخ الصريح .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- " الشرط الفاسخ المقرر جزاء على عدم وفـاء المشـترى بالثمن فى الميعاد المتفق عليه لا يتحقق إلا إذا كان التخلـف عـن الوفاء بغير حق فإن كان من حق المشترى قانونا أن يحبس الـثمن عن البائع فلا عمل للشرط الفاسخ ولو كان صريحا " .

(طعن رقم ١٥ لسنة ٣٣ ق جلسة ١٩٦٧/١/١٩)

٢- " من المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن الشـرط الفاسـخ المقرر جزاء على عدم وفاء المشترى بالثمن فى الميعـاد المتفـق عليه لا يتحقق إلا إذا كان التخلف عن الوفاء بغير حـق ، أمـا إذا كان من حق المشترى قانونا أن يحبس الثمن عن البائع فلا عمـل للشرط الفاسخ ولو كان صريحا ، ولما كان التزام المشترى بـدفع الثمن فى عقد البيع يقابله التزام بنقل الملكية إلى المشترى فإنـه إذا وجدت أسباب جدية يخشى معها أن لا يقوم البائع بتنفيـذ التزامـه يكون من حق المشترى أن يوقف التزامه بدفع الثمن حتـى يقـوم البائع من جهته بتنفيذ التزامه باتخاذ كل ما يلـزم لنقـل الملكيـة ، وذلك عملا بالمادتين ٢٤٦ ، ٤٢٨ من القانون المدنى " .

(طعن رقم ٢٣٤ لسنة ٥٠ ق جلسة ١٩٨٤/١١/٢٢)

٤٠٤ـ لا يلزم لاستعمال حق الحبس توجيه إنذار أو تنبيه للدائن :

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" إذا لم يقم أحد العاقدين بالتزامه كان للآخر ألا يوفى بالتزامه من غير حاجة إلى تنبيه رسمى أو إلى حكم بفسخ العقد إذا كان التزام كل منهما فى العقد مقابل التزام الآخر . فإذا كان العقد المحرر بين مدين ودائنه (بنك التسليف) ينص على أن المدين تعهد بأن يسدد إلى البنك مطلوبه على أقساط ، وبأن يقدم له عقارا بصفة رهن تأمينا للسداد ، وعلى أن البنك تعهد من جانبه برفع الحجزين السابق توقيعهما منه على منقولات المدين وعقاراته متى تبين بعد حصول الرهن وقيده واستخراج الشهادات العقارية عدم وجود أى حق عينى مقدم عليه ، ثم فسرت المحكمة ذلك بأن قبول البنك تقسيط الدين متوقف على قيام المدين بتقديم التأمين العقارى، بحيث إذا لم يقدم هذا التأمين بشروطه المنصوص عليها فى العقد كان البنك فى حل من قبول التقسيط ، وتعرفت نية المدين فى عدم تقديم التأمين من خطاب صادر منه ، وبناء على ذلك قضت بعدم ارتباط فى التقسيط وبأحقيته فى الاستمرار فى التنفيذ بدينه على المنقولات والعقارات دون أن يكون ملزما بتكليف المدين رسميا بالوفاء ، فإن هذا الحكم لا يكون قد خالف القانون فى شئ " .

(طعن رقم ٤٣ لسنة ٩ ق جلسة ١٩٣٩/١٢/٢١)

٤٠٥ - إجبار الحابس على تسليم الشئ فى حالة تقديم تأمين كاف للوفاء :

تنص الفقرة الأولى من المادة ٢٤٦ على أن : " لكل من التزم بأداء شئ أن يمتنع عن الوفاء به ، مادام الدائن لم يعرض الوفاء بالتزام مترتب عليه بسبب التزام المدين ومرتبط به ، **أو مادام الدائن لم يقم بتقديم تأمين كاف للوفاء بالتزامه هذا** "

فقد أجاز النص للمدين أن يجبر الحابس على تسليم الشئ إذا قام بتقديم تأمين كاف للوفاء بالتزامه . فهذا التأمين الكافى يقوم مقام عرض الدائن بالالتزام المترتب عليه بسبب التزام المدين والمرتبط به ، فى هذا الصدد .

ويستوى أن يكون هذا التأمين عينيا كالرهن أو تأمينا شخصيا كالكفالة . وطبيعى أن هذا التأمين لابد أن يكون كافيا لضمان حق الحابس .

وقاضى الموضوع هذا الذى يفصل عند النزاع فى مدى كفاية التأمين المقدم[١] .

٤٠٦ - يجب التمسك بحق الحبس :

حق الحبس لا يتعلق بالنظام ، ولذلك يجب لصاحب الحق فيه التمسك به صراحة أمام محكمة الموضوع .

---

(١) عبد المنعم البدراوى ص ١٩٥ - نبيل إبراهيم سعد ص ١٧١ .

ويجوز التمسك بالدفع فى أية حالة كانت عليها الدعوى ، إنما لايجوز التمسك به لأول مرة أمام محكمة النقض .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" إعمال حق الحبس لا تملك المحكمة أن تقضى به ما لم يطلب ذلك صراحة صاحب الحق فيه . وإذا لم يتمسك الخصم بالحق فى الحبس أمام محكمة الموضوع فلا يقبل منه إثارته لأول مرة أمام محكمة النقض " .

(طعن رقم ١٠٢١ لسنة ٥٠ ق جلسة ١٩٨١/٢/٥- غير منشور)

٤٠٧ـ التمسك بالحق فى الحبس عن طريق الدفع :

الحق فى الحبس دفع يثبت للمدين الذى يكون فى الوقت ذاته دائنا لدائنه بشروط معينة ، فلا يتصور أن ترفع دعوى أصلية لأنه لايحول صاحبه إلا الامتناع عن رد الشئ عند مطالبته به . وإذا كان للحابس عند خروج الشئ من يده دون رضاه أن يسترده ليستعمل حق الحبس عليه فإنه دعواه لا يكون موضوعها الحق فى الحبس بل استرداد الشئ باعتبار أن خروجه من يد حائزه أو محرزه رغم إرادته يعتبر سرقة ضمان واعتداء على الحيازة[1].

---

(١) سليمان مرقس ص ٣٣٠ .

٤٠٨ ـ التنازل عن الحق فى الحبس :

يجوز التنازل عن الحق فى الحبس ، ويكون التنازل صراحة أو ضمنا ، غير أنه يجب فى الحالة الأخيرة أن تكون الأدلة والقـرائن واضحة تماما فى هذا التنازل .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " فى العقود الملزمة للجانبين وعلى ما تقضى بـه المـادة ١٦١ من القانون المدنى إذا كانت الالتزامات المتقابلـة مستحقة الوفاء ، جاز لكل من المتعاقدين أن يمتنع عن تنفيذ التزامه إذا لـم يقم المتعاقد الآخر بتنفيذ ما التزم به ، وقد أجاز المشرع تطبيقا لهذا الأصل فى الفقرة الثانية من المادة ٤٥٧ للمشترى ما لم يمنعه شرط فى العقد أن يحبس الثمن إذا خيف على المبيع أن ينزع من يـده ، ومقتضى ذلك أن قيام هذا السبب لدى المشترى يخول له الحق فى أن يحبس ما لم يكن قد أداه من الثمن ، ولو كـان مسـتحق الأداء حتى يزول الخطر الذى يهدده ، وذلك ما لم يكن قد نزل عن هـذا الحق بعد ثبوته له أو كان فى العقد شرط يمنعه من استعماله ، فعلم المشترى وقت الشراء بالسبب الذى يخشى معه نزع المبيع من يده لا يكفى بذاته للدلالة على نزوله عن هذا الحق لأنه قد يكون محيطا بالخطر الذى يهدده ويكون فى نفس الوقت معتمدا على البائع فـى دفع هذا الخطر قبل استحقاق الباقى فى ذمته من الثمن مادام أنه لم يشتر ساقط الخيار " .

(طعن رقم ٢٧٤ لسنة ٤٠ ق جلسة ١٩٧٥/١٢/١٠)

٢- " مفاد نص المادة ٢/٤٥٧ من التقنين المدنى- وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن المشرع أجاز للمشترى إذا تبين له وجود سبب جدى يخشى معه نزع المبيع من تحت يده الحق فى أن يحبس ما لم يكن قد أداه من الثمن ولو كان مستحق الأداء حتى يزول الخطر الذى يتهدده ، وعلم المشترى وقت الشراء بالسبب الذى يخشى معه نزع المبيع من تحت يده لا يكفى بذاته للدلالة على نزوله عن هذا الحق لأنه قد يكون محيطا بالخطر الذى يتهدده ويكون فى ذات الوقت معتمدا على البائع فى دفع هذا الخطر قبل استحقاق الباقى فى ذمته من الثمن ، وتقدير جدية هذا السبب هو مما يستقل به قاضى الموضوع إلا أنه يجب أن يقيم قضاءه فى هذا الخصوص على أسباب سائغة تكفى لحمله " .

(طعن رقم ١٢٥٢ لسنة ٥٠ ق جلسة ١٩٨٤/٥/٦)

٣- " أجاز المشرع للمشترى فى المادة ٤٥٧ من القانون المدنى الحق فى حبس الثمن إذا تبين له وجود سبب جدى يخشى معه نزع المبيع من يده ومفاد ذلك أن مجرد قيام هذا السبب يخول للمشترى الحق فى أن يحبس ما لم يكن قد أداة من الثمن ولو كان مستحق الأداء حتى يزول الخطر الذى يهدده ، ما لم يكن قد نزل عن هذا الحق بعد ثبوته له أو كان فى العقد شرط يمنعه من استعماله . وإذ كان تقدير جدية هذا السبب- وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - من الأمور التى يستقل بها قاضى الموضوع،

إلا أنه يجب أن يقيم قضاءه فى هذا الخصوص على أسباب سـائغة تكفى لحمله ، وإذا ما تمسك المشترى أمام محكمة الموضوع بحقه فى حبس الثمن مستندا فى ذلك إلى سبب يتسم بالجدية ، يتعين على تلك المحكمة أن ترد على هذا الدفاع بأسباب خاصة باعتباره دفاعاً جوهريا يتغير به - إن صح- وجه الرأى فى الدعوى ، وإلا شاب حكمها القصور المبطل " .

(طعن رقم ٣٢٣٠ لسنة ٦٨ ق جلسة ١٩٩٩/٥/٩)

٤٠٩ ـ شراء المشترى ساقط الخيار يسقط حقه فى الحبس :

يترتب على الشراء ساقط الخيار ، التـزام المشـترى بالوفـاء بالثمن حتى لو خشى أن ينزع المبيع من يده إن كـان قـد تسـلمه طالما كان يعلم وقت البيع سبب الاستحقاق ، وحينئذ لايجـوز لـه حبس باقى الثمن لتعارض هذا الحق مع شرط ساقط الخيار فى هذه الحالة ، أما إن لم يكن يعلم وقت البيع سبب الاستحقاق ، جاز لـه حبس باقى الثمن[1] .

٤١٠ ـ عدم قابلية الحق فى الحبس للتجزئة :

حق الحبس باعتباره إحدى وسائل الضمان يعتبر حقا غير قابل للتجزئة لمصلحة الدائن ، أى أنه يكون للدائن أن يحبس كل الشـئ الموجود فى يده إلى أن يستوفى كامل حقـه مـن أصـل وفوائـد

---

(١) المستشار أنور طلبه ص ٥٨٩ .

ومصروفات ، ولا يكون للمدين أن يطالب الدائن بتخلية جزء من الشئ المحبوس يقابل الجزء الذى وفاه للدائن من دينه . ولا يترتب على قبول الدائن وفاء جزئيا سقوط حقه فى الحبس . غير أن الدائن كما يجوز له أن ينزل عن حقه فى الحبس على كل الشئ المحبوس يجوز له أن ينزل عن هذا الحق بالنسبة إلى جزء من ذلك الشئ فيسلم بعضه ويستبقى البعض الآخر . ولايجوز للدائن أن يتعسف فى استعمال حقه فى ذلك ، فإذا وفى المدين الجزء الأكبر من الدين وطلب الإفراج عن جزء من الشئ المحبوس تعين على الدائن أن يجيبه إلى طلبه مادام هو لايصيبه ضرر من ذلك وإلا كان رفضه إساءة لاستعمال حقه [١].

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" ومهما يكن من شئ فليس يباح للعاقد أن يسئ استعمال هذا الدفع . فلا يجوز له أن يتمسك به ليمتنع عن تنفيذ التزامه ، إذا كان الالتزام المقابل كاد أن يكمل نفاذه وأصبح بذلك ما لم ينفذ منه ضئيلا لدرجة لا تبرر اتخاذ مثل هذا الإجراء "[٢].

---

(١) السنهورى جـ٢ ص ١٠٦٦ – سليمان مرقس ص ٣٣٠ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٢ ص ٣٣٣ .

مــادة (٢٤٧)

١- مجرد الحق فى حبس الشئ لا يثبت حق امتياز عليه .

٢- وعلى الحابس أن يحافظ على الشئ وفقا لأحكـــام رهــن الحيازة ، وعليه أن يقدم حسابا عن غلته .

٣- وإذا كان الشئ المحبوس يخشى عليه الهلاك أو التلــف ، فللحابس أن يحصل على إذن من القضاء فى بيعه وفقــا للأحكــام المنصوص عليها فى المادة ١١١٩ ، وينتقل الحق فى الحبس من الشئ إلى ثمنه .

الشــرح

٤١١ـ الحق فى الحبس لا يتضمن حق امتياز :

تنص الفقرة الأولى من المادة على أن : " مجرد الحق فى حبس الشئ لا يثبت حق امتياز عليه "- فالحق فى الحبس يستمد قوته من حيازة الشئ والسيطرة عليه ، دون أن يثبت للحابس حــق امتيــاز على هذا الشئ ، فليس للحابس حق الأفضلية أو التتبــع بــالمعنى المقصود فى الحقوق العينية التبعية .

فليس للدائن الحابس أن ينفذ على الشئ لاستيفاء حقه من ثمنــه مقدما على الدائنين الآخرين . وإنما له التنفيذ بوصفه دائنا عاديــا . بل وليس له إذا باشر إجراءات التنفيذ أن يرفض تسليم الشئ إلــى من يرسو عليه المزاد . إذ أن قيامه بإجراءات التنفيــذ يتضــمن

استعداده لتسليم الشئ . ويقتصر حقه على الـدخول فـي التوزيـع بالاشتراك مع غيره من الدائنين [١].

ولذلك يكون من الأفضل للدائن الحابس أن يتحصن فى الحـق فى الحبس من أن يباشر هو التنفيذ على الشئ المحبوس .

فإذا قام غير الحابس من الدائنين بالتنفيذ على الشئ المحبـوس، كان له أن يحبسه عن الراسى عليه المزاد حتى يستوفى حقه .

وحتى يكون التنفيذ مجديا ، سيضطر الدائنون المنفذون إما إلى وفاء دين الحابس وإما تخصيص جزء من الثمن الـذى رسـا بـه المزاد لقضاء هذا الدين ، وخاصة إذا كانت قيمة العين المحبوسـة أكبر بكثير من دين الحابس . وبذلك يكون الدائن الحابس فى مركز متميز نتيجة الأفضلية الفعلية التى تمتع بها على إثر حبسه للشئ[٢].

٤١٢ـ حقوق الحابس :

متى توافرت شروط الحق فى الحبس كان للحابس الحـق فـى إبقاء العين فى يده إلى أن يستوفى حقه . فالحبس إذن مـا هـو إلا دفع يدفع به الحابس طلب التسليم ، أو هو امتناع عن تنفيذ الالتزام بتقديم العين أو أداء الالتزام إلى أن يقتضى الحابس حقه .

---

(١) سليمان مرقس ص ٣٢٨ هامش (٢) - اسماعيل غانم ص ٢٥٢ .

(٢) نبيل إبراهيم سعد ص ١٥٩ .

والحبس إذن هو امتناع مؤقت عن تنفيذ الالتزام ، وليس هو وسيلة لانقضائه فهو فى هذا يختلف عن المقاصة التى هى طريقة من طرق انقضاء الالتزام ، إذ يترتب عليها انقضاء الدينين المتقابلين بقدر الأقل منهما .

ويظل الحابس على موقفه حتى يستوفى كل ما هو مستحق له من أصل وفوائد ومصروفات . فإذا حصل وفاء جزئى ، لم يكن الحابس مجبرا على تسليم جزء مقابل من الشئ ، بل له أن يحبس الشئ كله حتى يستوفى الحق كاملا وهذا ما يعبر عنه بأنه الحبس غير قابل للتجزئة . على أن الحابس لايجوز له فى استعماله لحقه أن يتعسف ، بمعنى أنه يجوز للقضاء أن يجبره على تسليم الشئ إذا كان ما لم ينفذ من التزام مدينه قليل الأهلية لا يبرر حبس الشئ كله .

وقد رأينا أن الفقرة الأولى من المادة (٢٤٦) أجازت للمدين أن يجبر الحابس على تسليم الشئ إذا قام بتقديم تأمين كاف للوفاء بالتزامه ، سواء كان هذا التأمين عينيا كالرهن أو تأمينا شخصيا كالكفالة . وطبيعى أن هذا التأمين لا بد أن يكون كافيا لضمان حق الحابس .

٤١٣ـ التزامات الحابس :

يقع على عاتق الحابس التزامات ثلاثة نعرض لها فيما يلى :

(أ) – المحافظة على الشئ المحبوس :

يلتزم الحابس بالمحافظة على الشئ المحبوس . وفقا لأحكام رهن الحيازة ، وتلك الأحكام منصوص عليها بالمادة ١١٠٣ مدنى التى تقضى بأنه : " إذا تسلم الدائن المرتهن الشئ المرهون فعليه أن يبذل في حفظه وصيانته من العناية ما يبذله الشخص المعتاد ، وهو مسئول عن هلاك الشئ أو تلفه ما لم يثبت أن ذلك يرجع لسبب أجنبى لا يد له فيه ".

فالحابس يلتزم إذن أن يبذل فى حفظ الشئ المحبوس وصيانته ما يبذله الشخص العادى من عناية ، فالتزامه هو إذن التزام ببذل عناية ، لا التزام بتحقيق نتيجة .

والمعيار فى ذلك بطبيعة الحال هو معيار موضوعى (١).

(أنظر المجلد التاسع عشر شرح المادة ١١٠٣) .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- إنه وإن كان القانون المدنى القديم لم يورد نصا عن واجبات الحابس فى حفظ وصيانة الشئ المحبوس تحت يده إلا أنه يجب على الحابس أن يبذل فى حفظه من العناية ما يبذله الرجل المعتاد ويكون مسئولاً عن هلاكه أو تلفه إلا إذ كان ذلك بسبب قهرى قياسا على القاعدة المقررة فى رهن الحيازة لاتحاد العلة فى

---

(١) محمد لبيب شنب ص ٢٩٢ – نبيل إبراهيم سعد ص ١٧١ .

الحالتين وهو ما صرح به القانون الجديد فى المـــادة ٢/٢٤٧ مـــن التزام الحابس بالمحافظة على الشئ المحبوس تحت يده وفقا لأحكام رهن الحيازة المقررة فى المادة ١١٠٣ والتى تقضى بإلزام المرتهن بأن يبذل فى حفظ وصيانة الشئ المرهون ما يبذله الرجل المعتـــاد وأنه مسئول عن هلاكه أو تلفه ما لم يثبت أن ذلك يرجـــع لســـبب أجنبى لا يد له فيه ويكون القانون المدنى الجديد إذ أورد نص المادة ٢٤٧ إنما قنن فى خصوص التزامات الحابس أحكام القانون المدنى القديم ولم يستحدث جديدا . وإذن فمتى كانت البضـــائع المحبوســـة لدى مصلحة الجمارك حتى وفاء الرسوم الجمركية قد فقدت فإنهـــا تكون مسئولة عن فقدها ما لم يثبت أن الفقد كان لسبب قهرى".

(طعن رقم ٤٨ لسنة ٢٢ ق جلسة ١٩٥٥/١٢/٨)

٢- " استعمال الناقل حقه فى حبس الأشياء المنقولة أو بعضها استيفاء لأجرة النقل المستحقة له ، لا يعفيه من واجـــب المحافظـــة عليها فى فترة احتباسها بل عليه أن يبذل فى حفظها وصيانتها مـــن العناية ما يبذله الشخص المعتاد ويكون مسئولا عن هلاكها وتلفهـــا ما لم يثبت أن ذلك يرجع لسبب أجنبى لا يد له فيه وهو ما تقضـــى به المادتان ٢/٢٤٧ و ١١٠٣ من القانون المدنى " .

(طعن رقم ٢٥٣ لسنة ٣٢ ق جلسة ١٩٦٦/١٢/١٥)

ويترتب على وجود الشئ المحبوس تحت السيطرة الفعلية للحابس بماله عليه من توجيه ورقابة ، أن يصبح هو الحارس المسئول عما يحدثه الشئ من ضرر للغير وفقا لأحكام المسئولية التقصيرية [١].

٤١٤ـ خشية هلاك الشئ أو تلفه :

ويتفرع على التزام الحابس بالمحافظة على الشئ المحبوس ، أنه إذا كان الشئ المحبوس يخشى عليه الهلاك أو التلف ، فللحابس أن يحصل على إذن من القضاء فى بيعه سواء بالمزاد العلنى أو بسعره فى البورصة أو فى السوق ، وينتقل الحق فى الحبس من الشئ إلى ثمنه . ولايعتبر طلب البيع فى هذه الحالة تنفيذا على الشئ يفقد الحق فى الحبس ، بل هو إجراء ضرورى لحفظه من الهلاك أو التلف[٢] .

(ب) تقديم حساب عن غلة الشئ المحبوس :

تنص الفقرة الثانية من المادة (٢٤٧) على أن : " وعلى الحابس أن يحافظ على الشئ وفقا لأحكام رهن الحيازة ، **وعليه أن يقدم حسابا عن غلته** ".

وتنص المادة ١١٠٤ مدنى (وهى خاصة بالرهن الحيازى) على أنه : " ليس للدائن أن ينتفع بالشئ المرهون دون مقابل ، وعليه أن

---

(١) نبيل إبراهيم سعد ص ١٧٢ – عبد المنعم البدراوى ص ٢٠٢ .
(٢) محمود جمال الدين زكى ص ٨٦ – مصطفى عدوى ومحمد محى الدين إبراهيم ص ٢١٩ .

يستثمره استثمارا كاملا ما لم يتفق على غير ذلك ، وما حصل عليه الدائن من صافى الربح وما استفاده من الشئ يخصم من المبلغ المضمون بالرهن ولو لم يكن قد حل أجله ..." .

ومع أن الشارع قد أحال فى المادة ٢٤٧ مدنى إلى أحكام الرهن الحيازى ، إلا أنه لايجب أن يطبق منها فى هذا الشأن إلا ما يتفق وطبيعة الحق فى الحبس. فليس للحابس خلافا للدائن المرتهن رهن حيازة أن يستولى على ثمار الشئ وأن يخصمها من الدين ، بل إن كل ما للحابس هو أن يحبسها مع العين حتى يستوفى حقه كاملا، وعليه أن يبيعها إذا كان يخشى عليها من الهلاك أو التلف .

وليس على الدائن الحابس ، خلافا للدائن المرتهن رهن حيازة، التزام باستثمار الشئ المحبوس ، إلا إذا كان هذا الاستثمار تقتضيه ضرورة المحافظة على الشئ ذاته [١].

---

(١) السنهورى جـ٢ ص ١٠٩٦ - محمد على عمران ص ١٢٩- وكانت المادة (١/٣٣٢) من المشروع التمهيدى المقابلة للمادة (١/٢٤٧، ٢) مدنى تنص على أن :

" ليس لمن حبس شيئا وفقا للمادة السابقة حق امتياز عليه ، وعلى الحابس أن يحافظ على الشئ ، وأن يقدم حسابا عن غلته ، وفقا للأحكام التى تسرى فى حق الدائن المرتهن حيازة "- وحال نظر المشروع فى لجنة المراجعة أثار أحد الأعضاء مسألة تقرير واجب الاستغلال على عاتق صاحب حق الحبس . وقد رأى أن هذا الواجب يحسن عدم تقريره - ثم عدل النص تعديلا لفظيا (على الوضع الراهن) يجعله أدق فى أداء المعنى (مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٢ ص ٦٥٣ ومابعدها) .

والالتزام بتقديم الحساب عن الغلة يقتضى بطبيعة الحال أن يقبض الحابس هذه الغلة ويحبسها ثم يقدم حسابا عنها للمالك . فالعين إذا كانت بطبيعتها تنتج غلة كأرض تزرع أو دار تسكن أو أوراق مالية تنتج أرباحا . فعلى الحابس أن يستمر فى زراعة الأرض وسكنى الدار أو إيجارها وقبض أرباح الأوراق المالية . وله أن يحبس هذه الغلة حبسه للعين ذاتها ، وعليه أن يقدم حسابا عن الغلة إلى المالك عند انقضاء الحق فى الحبس [١].

(ج) رد الشئ المحبوس عند انقضاء الحق فى الحبس :

يلتزم الحارس برد العين المحبوسة عند انقضاء الحق فى الحبس. وهذا الالتزام يختلف مصدره باختلاف العلاقة السابقة فيما بين الحابس والمالك . سواء كانت هذه العلاقة تستند إلى العقد كما فى حبس البائع للمبيع حتى يستوفى الثمن فإذا ما استوفاه انقضى حقه فى الحبس ووجب عليه تسليم المبيع إلى المشترى . كما قد يستند إلى غير العقد كالإثراء بلا سبب ، كما إذا حاز شخص أرضا مملوكة للغير وبنى عليها أو غرس ، ثم حبسها حتى يستوفى حقه فى التعويض ، فهو بعد استيفائه حقه ملزم برد الأرض إلى صاحبها . ومصدر الالتزام هنا هو الإثراء بلا سبب .

---

(١) السنهورى جـ٢ ص ١٠٩٧- محمود جمال الدين زكى ص ٨٧ .

هذا وأيا كانت علاقة المالك بالحابس ، فإن المالك يستطيع دائما أن يرفع على الحابس بعد انقضاء الحق فى الحبس دعوى عينيــة باستحقاق العين [(١)].

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" إنه وإن كان للمشترى حق حبس العين المحكوم بفسخ البيــع الصادر له عنها حتى يوفى الثمن السابق له دفعه تأسيسا على أن التزامه بتسليم العين بعد الحكم بفسخ البيع يقابله التزام البائع برد ما دفعــه إليه من الثمن فمادام هذا الأخير لم يقم بالتزامه بالرد كان له أن يمتنع عن التسليم وأن يحبس العين، لكن ذلك لايترتب عليه الحــق فــى تملك المشترى ثمار المبيع بعد أن أصبحت من حق مالك العين بحكم الفسخ وإذا صح للمشترى التحدى بقاعدة " واضع اليد حسن النيــة يتملك الثمرة " فى تملك الثمار التى استولى عليها قبل رفع دعــوى الفسخ فإن هذا التحدى لا يكون له محل بالنسبة للثمار التى جنيــت بعد رفعها من جانبه واستناده فى طلب الفسخ إلى استحقاق العين المبيعة للغير ولا يحول دون رد هذه الثمار لمالك العين ثبوت الحق له فــى حبسها، لأن هذا الحق إنما قرر له ضمانا لوفاء البائع بما قضى عليه بدفعه إليه نتيجة فسخ البيع، وليس من شأن هذا الحق تمليك المشترى ثمار العين المبيعة بل يجب عليه تقديم حساب عنها للمالك ".

(طعن رقم ٨١ لسنة ١٩ ق جلسة ١٩٥١/١/٤)

---

(١) السنهورى جـ٢ ص ١٠٩٧ – محمد شريف عبد الرحمن ص ٨٥٩ .

٤١٥ـ الأشخاص الذين يجوز الاحتجاج عليهم بحق الحبس :

١- يستطيع الدائن الحابس أن يحتج بحقه فى الحبس على المدين الذى يطالب بتسليم الشئ ، وعلى دائنيه العاديين وورثته (خلفه العام) وليس يعنى احتجاج الدائن بالحق فى الحبس على الدائنين العاديين امتناع هؤلاء عن التنفيذ على العين المحبوسة . فالحق فى الحبس لم يخرجها عن ملكية مدينهم ولا عن ضمانهم العام .

وإنما يعنى أن الدائن الحابس له أن يمتنع عن تسليم العين إلى من رسا عليه المزاد بناء على تنفيذ الدائنين عليها ، حتى يستوفى حقه كاملا . وهو ما يؤدى من الناحية الفعلية إلى تمييز الدائن الحابس على غيره من الدائنين وإن لم يكن له من الناحية القانونية أى امتياز على العين المحبوسة .

ويلاحظ أن الدائن الحابس يحتج بالحبس على الدائنين العاديين جميعا ، أيا كان تاريخ دينهم ، أى سواء أكانت متأخرة عن تاريخ ثبوت الحق فى الحبس أم متقدمة على هذا التاريخ . وحتى لو أفلس المدين ، يبقى للحابس الاحتجاج بحق الحبس فى مواجهة جماعة الدائنين فى التفليسة [1].

---

(١) عبد المنعم البدراوى ص ١٩٧ - محمد لبيب شنب ص ٢٩٠- عبد المنعم الصده ص ٨٦ .

٢- أما بالنسبة للاحتجاج بالحق فى الحبس على الخلف الخاص ، ففيه شئ من التفصيل على النحو الآتى :

(أ)- إذا كان أساس الحق فى الحبس هو إنفاق مصروفات على العين ، فإن الحق فى الحبس يسرى ضد الخلف الخاص دائما ، سواء كانت العين المحبوسة منقولا أم عقارا ، وسواء أكان حق الخلف الخاص قد شهر أو نشأ بعد ثبوت الحق فى الحبس أم قبل ذلك . فالحق فى الحبس لاقتضاء المصروفات يحتج به إذن على الكافة دون تمييز . ذلك أن إنفاق هذه المصروفات قد أفاد الشئ ذاته ، وأفاد بذلك كل من له حق عليه (١).

(ب) فى غير هذه الحالة من حالات الحبس أى حيث يكون الحبس أساسه الارتباط المعنوى (القانونى) أو الارتباط المادى فى صورة حق الحابس فى التعويض عن الضرر الذى أصابه بسبب الشئ ، فإن الأمر أثار خلافا بين الشراح .

فذهب رأى إلى أن الاحتجاج بالحبس على الخلف الخاص يتوقف على تاريخ التسجيل أو القيد لحقه إن كانت العين المحبوسة عقارا ..أو على تاريخ انعقاد التصرف إذا كانت العين منقولا . فإذا

---

(١) اسماعيل غانم ص ٢٤٩ ومابعدها - محمد لبيب شنب ص ٢٩٠- محمود جمال الدين زكى ص ٨٥ ومابعدها .

كان حق الخلف الخاص سابقا على ثبوت الحق فى الحبس للدائن الحابس ، لم يسر هذا الحق فى مواجهتهم . فليس للدائن الحابس مثلا أن يحتج بالحبس على الدائن المرتهن الذى قيد حقه فى السجلات العقارية قبل ثبوت الحق فى الحبس للدائن . ولا يستثنى من ذلك إلا حالة ما إذا كان الخلف الخاص قد كسب حقه على منقول ثم انتقل المنقول إلى يد الحابس الذى كان حسن النية بجهل حق الخلف الخاص ذلك أن الحبس يتضمن الحيازة، والحيازة للمنقول بحسن نية تحصن صاحبها ضد الحقوق المقررة عليه .

أما إذا كان حق الدائن فى الحبس قد ثبت قبل حق الخلف الخاص ، كان للحابس أن يتمسك بحقه فى مواجهته وأن القول بغير ذلك يسهل على المالك أن يتهرب من الحبس ببيعه العين أو بترتيب حق عينى عليها(١) .

بينما يذهب رأى آخر إلى أن الحق فى الحبس يسرى فى مواجهة الخلف الخاص إطلاقا سواء كسبوا حقوقهم بعد ثبوت الحق فى الحبس أو قبله (٢).

---

(١) السنهورى جـ٢ص١٠٩٢ – محمد لبيب شنب ص ٢٩٠ – اسماعيل غانم ص ٢٥٠ ومابعدها – محمود جمال الدين زكى ص ٨٥- سليمان مرقس ص ٣٢٢ .

(٢) محمد على عمران ص ١٢٧- عبد المنعم الصده ص ٨٦ .

أما أن الحق فى الحبس يحتج به على الخلف الخاص الذى نشأ حقه بعد الحق فى الحبس ، فلأن مالك الشئ لايستطيع أن يتصرف فيه إلا بما عليه من حقوق ، فالشئ موضوع التصرف كان مثقلا بحق الحبس ، فيظل الحبس نافذا فى مواجهة المشترى والدائن المرتهن . فإذا كان حق الحبس قد نشأ بعد نشوء حق الخلف الخاص (بعد تسجيل حق المشترى) فلا يمنع من الاحتجاج بحق الحبس قبل الخلف لأننا نكون بصدد دفع يقوم على اعتبار خاص ولسنا بصدد حق عينى . ولعل هذا الطابع المطلق لحق الحبس هو الذى جعل البعض يظن أنه حق عينى ، وهو فى الحقيقة ليس كذلك .

وقد أخذت محكمة النقض بالرأى الأول إذ ذهبت إلى أن :

" حق الحائز فى حبس العقار - مقرر تنفيذا للحق فى الحبس الذى نصت عليه المادة ١/٢٤٦ من القانون المدنى من أن لكل من التزم بأداء شئ أن يمتنع عن الوفاء به ، مادام الدائن لم يعرض الوفاء بالتزام مترتب عليه بسبب التزام المدين ومرتبط به أو مادام الدائن لم يقم بتقديم تأمين كاف للوفاء بالتزامه هذا ، ثم فإن للحائز أن يحتج فى حبس العقار فى مواجهة الغير ومن بينهم الخلف الخاص للبائع ، إلا أن هذا الحق لا يسرى على من يشهر حقه من أصحاب الحقوق العينية قبل أن يثبت للحائز الحق فى حبس الغير

لأن – الحق فى الحبس لا يختلط بالحقوق العينية ولا يشاركها فى مقوماتها ولايعطى لحائز الشئ الحق فى التتبع والتقدم " .

(طعن رقم ٩١٥ لسنة ٤٤ ق جلسة ١٩٧٨/٣/٣٠)

٢- " حق الحائز فى حبس العقار مقرر- وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة- تنفيذا للحق فى الحبس الذى نصت عليه المادة ١/٢٤٦ من القانون المدنى من أن " لكل من التزم بأداء شئ أن يمتنع عن الوفاء به مادام الدائن لم يعرض الوفاء بالتزام مترتب عليه بسبب التزام المدين ومرتبط به ، أو مادام الدائن لم يقم بتقديم تأمين كاف للوفاء بالتزامه هذا " ومن ثم فإن للحائز أن يحتج بالحق فى حبس العقار فى مواجهة الغير ومن بينهم الخلف الخاص للبائع له ، إلا أن هذا الحق لا يسرى على من يشهر حقه من أصحاب الحقوق العينية قبل أن يثبت للحائز الحق فى حبس العين ، لأن الحق فى الحبس لا يختلط بالحقوق العينية ولايشاركها فى مقوماتها ولايعطى لحائز الشئ الحق فى التتبع والتقدم ".

(طعن رقم ٨٨٥ لسنة ٥٢ ق جلسة ١٩٨٥/١٢/٣١)

مادة (٢٤٨)

١- ينقضى الحق فى الحبس بخروج الشئ من يد حائزه أو محرزه .

٢- ومع ذلك يجوز لحابس الشئ ، إذا خرج الشئ من يده خفية أو بالرغم من معارضته ، أن يطلب استرداده ، إذا هو قام بهذا الطلب خلال ثلاثين يوما من الوقت الذى علم فيه بخروج الشئ من يده ، وقبل انقضاء سنة من وقت خروجه ".

الشرح

انقضاء الحق فى الحبس :

ينقضى الحق فى الحبس إما بصفة تبعية وإما بصفة أصلية ، ونعرض لذلك بالتفصيل فيما يلى :

٤١٦- أولاً : انقضاء الحق فى الحبس بصفة تبعية :

الغرض من الحق فى الحبس هو حمل الدائن على تنفيذ التزامه المرتبط بالتزام المدين . فالحق فى الحبس حق تابع للالتزام المضمون به ، ومن ثم فهو ينقضى تبعا لانقضاء هذا الالتزام . فإذا تم الوفاء بالالتزام فعلا ، فلا يكون هناك مبرر لامتناع المدين عن الوفاء بالتزامه .

ولذلك ينقضى حقه فى الحبس ويلاحظ أن الذى يقضى على الحق فى الحبس هو الوفاء بكل الالتزام ، أما الوفاء الجزئى فلا يؤثر فى وجود الحق فى الحبس . فهذا الحق لا يتجزأ . وبالتالى يظل للمدين أن يحبس التزامه كله رغم وفاء الطرف الآخر بجزء من التزامه وإذا انقضى حق الحابس بسبب آخر غير الوفاء ، فإن الحق فى الحبس الذى كان يضمنه ينقضى بدوره ، وعلى ذلك إذا أبرأ المدين دائنه ، فإن حق المدين قبل الدائن ينقضى بهذا الإبراء ، ويتعين على المدين أن يفى بالتزامه .

٤١٧ـ ثانياً : انقضاء الحق فى الحبس بصفة أصلية :

ينقضى الحق فى الحبس بصفة أصلية ، أى مع بقاء حق الحابس بدون وفاء فى الحالات الآتية:

١- تقديم تأمين كاف للوفاء بحق الحابس :

إذا قدم الدائن الذى يطالب بتنفيذ الالتزام تأمينا كافيا للوفاء بحق الحابس ، فإن الحق فى الحبس ينقضى ويلتزم المدين بالوفاء بالتزامه (م٢٤٦/١) ذلك أن هذا التأمين يقوم بنفس الدور الذى يقوم به الحق فى الحبس وهو ضمان استيفاء الحابس لحقه . والتأمين الذى يقدمه الدائن يجوز أن يكون تأمينا شخصيا ككفالة شخص ثالث، أو تأمينا عينيا كرهن على مال من أموال الدائن سواء كان رهنا رسميا أو رهنا حيازيا .

٢- هلاك الشئ المحبوس :

الحق فى الحبس يستمد سبب وجوده وقوته من مجرد حيازة الشئ أو السيطرة عليه . ولذلك نجد أن الدائن الحابس يستمد ضمانه من هذا الواقع فمن البديهى أن ينقضى الحق فى الحبس فى حالة هلاك الشئ المحبوس لانعدام المحل .

لكن إذا كان هذا الهلاك بفعل الحابس كان مسئولا عن تعويض المالك عنه . أما إذا كان الهلاك لسبب أجنبى فإنه يهلك على مالكه.

ويحدث فى بعض الحالات أن يترتب على هلاك الشئ المحبوس نشوء حق لمالكه قبل الغير ، كالحق فى التعويض قبل المسئول عن الهلاك ، والحق فى مبلغ التأمين قبل شركة التأمين .

ويذهب الرأى الراجح إلى أن حق الحابس ينتقل إلى مبلغ التعويض أو مبلغ التأمين ، فيكون للحابس أن يطلب عدم تسليم هذا المبلغ إلى الطرف الآخر حتى يقوم بالوفاء بحق الحابس ، ويستند هذا الرأى إلى نظرية الحلول العينى [1].

---

(١) السنهورى جـ٢ ص ١١٠٢- محمد لبيب شنب ص ٢٩٥- عبد المنعم البدراوى ص ٢٠٤- وهناك رأى آخر يذهب إلى عدم جواز انتقال الحق إلى التعويض أو مبلغ التأمين ، لأن الحلول العينى لايستقيم مع الاعتبارات التى يقوم عليها الحق فى الحبس . فالحق فى الحبس يقوم على حيازة الشئ أو إحرازه وهو يخول للدائن أن يمتنع عن تنفيذ التزامه بأداء الشئ بشرط أن توجد رابطة بين التزامه هذا وما هو

٣- خروج الشئ المحبوس من يد حابسه خروجا إراديا :

فالخروج الذى يؤدى إلى انقضاء الحق فى الحبس هو الخروج الاختبارى [١]، كأن يسلم الحابس الشئ المحبوس إلى المدين ، أو يقوم الدائن بالتنفيذ عليه متخذا إجراءات البيع الجبرى ، فيتعين عليه عندئذ تسليمه للراسى عليه المزاد لانقضاء حقه فى الحبس .

مستحق له . فالمشرع إذ قرر الحق فى الحبس قد أراد تنظيم وسيلة طبيعية لحمل المدين على تنفيذ التزامه قوامها وجوب تنفيذ الالتزامات بحسن نية بحيث لا يجوز للمدين أن يطالب دائنه بماله قبل أن يوفيه بما عليه . وبهلاك الشئ تنهار هذه الاعتبارات جميعا ولايجوز القياس على المادة ٣/٢٤٧ وهى خاصة بحالة ما إذا كان الشئ المحبوس يخشى عليه الهلاك أو التلف . فقد أراد المشرع بهذا النص أن يوفق بين مصلحة المالك فى المحافظة على الشئ ومصلحة الدائن الحابس فى عدم التخلى عنه . وهو اعتبار لا وجود له إذا ما هلك الشئ فاستحق عنه مقابل نقدى . فليس هناك إذن ما يبرر الحلول العينى فى حق الحبس، بل هو ينقضى بهلاك الشئ ولا ينتقل إلى المقابل المستحق (اسماعيل غانم ص ٢٣٢ – من هذا الرأى أيضا عبد المنعم الصده ص ٨٧ – سليمان مرقس ص ٣٢٤) .

(١) كانت المادة (٣٣٣ /١) من المشروع التمهيدى المقابلة للمادة (١/٢٤٨ مدنى) تنص على أن " ينقضى الحق فى الحبس بفقد الحيازة " وفى لجنة المراجعة ذكر أحد الأعضاء أنه يحسن استبدال عبارة " بخروج الشئ من يد حائزه أو محرزه " بعبارة " بفقد الحيازة " حتى يكون النص أدق تعبيرا عن المعنى ، فوافقت اللجنة على ذلك ".
(مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٢ ص ٦٥٦ ومابعده) .

أما إذا خرج الشئ من يد الحائز خفية أى دون علمه أو بالرغم من معارضته ، فإن الحق فى الحبس لاينقضى بهذا الخروج . ولكن يتعين على الحابس فى هذه الحالة أن يطالب باسترداد الشئ المحبوس خلال ثلاثين يوما من الوقت الذى يعلم فيه بخروجه أو خلال سنة من وقت خروجه أى الأجلين أقرب (م٢٤٨/٢) . فإذا أقام الحابس دعوى الاسترداد فى خلال المواعيد السابقة ، فإن حقه فى الحبس يظل قائما رغم خروج الشئ من تحت يده ، ويحكم له باسترداد الشئ ليمارس عليه سلطته فى الحبس .

أما إذا ترك الحابس المواعيد السابقة تمر دون أن يطالب باسترداد الشئ فإن حقه فى حبسه ينقضى [١].

---

(١) وقد يحدث أن يعود الشئ إلى حيازة المدين بعد انقضاء الحق فى الحبس، فيثور التساؤل عما إذا كان الحق فى الحبس يعود بعودة الشئ .
والراجح فى هذا الشأن التفرقة بين حالتين :
الحالة الأولى : أن يعود الشئ إلى المدين لنفس السبب الذى حبسه من أجله من قبل . وفى هذه الحالة يعود الحق فى الحبس إلى المدين، وعلى ذلك إذا قام شخص بإصلاح سيارة ولم يستوف أجره ، ولكنه سلم السيارة إلى مالكها، فهنا ينقضى الحق فى الحبس ، ولكن هذا الحق يعود إذا قام المالك بإرجاع السيارة إلى مصلحها لعدم رضائه عن إصلاحها.
الحالة الثانية : أن يعود الشئ إلى المدين لسبب جديد ، ومثال ذلك أن يبيع شخص آلة ، ثم يسلمها إلى المشترى قبل استيفاء ثمنها ، فهنا ينقضى حقه فى الحبس من أجل استيفاء الثمن . وإذا أقام المشترى

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" ليس الحبس ، على وجه الإجمال ، إلا حيازة الشئ حيازة فعلية ، ولذلك كان طبيعيا أن ينقضى بفقد هذه الحيازة . ولكن ينبغى أن يكون هذا الفقد إراديا . فإذا خرج الشئ من يد محتبسه خفيه أو انتزع منه رغم معارضته ، ظل حقه فى الحبس قائما ، وكان له أن يسترده ولو من يد حائزه حسن النية ، باعتبار الأمر ينطوى على سرقة ضمان . على أن حق الاسترداد هذا ، وإن كان جزاء يكفل حماية الحق فى الحبس ، إلا أن من واجب المحتبس أن يستعمله فى خلال ثلاثين يوما من وقت علمه بخروج الشئ من يده (قارن حق المستأجر فى استرداد المنقولات التى تخرج من حيازته فى خلال ثلاثين يوما) [١].

٤- النزول عن الحق فى الحبس :

الحق فى الحبس مقرر لمصلحة المدين ، فيجوز له أن ينزل عنه صراحة أو ضمنا ، وهذا النزول قد يقترن بالوفاء الفورى بالالتزام المحبوس ، وقد يكون نزولا مجردا دون وفاء ، وفى هذه

بإعادة الآلة إلى البائع لإجراء إصلاحات بها ، ودفع أجر هذه الإصلاحات ، فلا يجوز للبائع أن يحبسها حتى يفى له المشترى بالثمن (السنهورى جـ٢ ص ١١٠٧ وهامش (١) – محمد لبيب شنب ص ٢٩٦ هامش (١) ومابعدها) .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٢ ص ٦٥٦ .

الحالة الأخيرة يكون للدائن أن يطالب بتنفيذ بالتزامه ، ولو أنه (أى الدائن) لم ينفذ التزامه قبل المدين ، ولايجوز للمدين أن يمتنع عن ذلك فقد انقضى حقه فى الحبس بنزوله عنه .

ويعتبر مجرد خروج الشئ من يد حائزه أو محرزه قرينة على حصوله برضاه إلى أن يثبت الحائز أو المحرز عكس ذلك . وإذا طلب الحابس بيع الشئ المحبوس لديه جبرا ، عد ذلك منه نزولا عن الحق فى الحبس ، والتزم هو بتسليم الشئ إلى الراسى عليه المزاد ولو لم يستوف كامل حقه قبل المدين [١].

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " حق الحبس مما يجوز التنازل عنه صراحة أو ضمنا ومتى تم هذا التنازل فإنه لايجوز العدول عنه بعد ذلك " .

(طعن رقم ٤٠٨ لسنة ٣٤ ق جلسة ١٩٦٨/٥/١٦)

٢- " فى العقود الملزمة للجانبين وعلى ما تقضى به المادة ١٦١ من القانون المدنى إذا كانت الالتزامات المتقابلة مستحقة الوفاء ، جاز لكل من المتعاقدين أن يمتنع عن تنفيذ التزامه إذا لم يقم المتعاقد الآخر بتنفيذ ما التزم به ، وقد أجاز المشرع تطبيقا لهذا الأصل فى الفقرة الثانية من المادة ٤٥٧ للمشترى ما لم يمنعه شرط

---

(١) سليمان مرقس ص ٣٢٥ .

فى العقد أن يحبس الثمن إذا خيف على المبيع أن ينزع من يده، ومقتضى ذلك أن قيام هذا السبب لدى المشترى يخول له الحق فى أن يحبس ما لم يكن قد أداه من الثمن ولو كان مستحق الأداء حتى يزول الخطر الذى يهدده وذلك ما لم يكن قد نزل عن هذا الحق بعد ثبوته له أو كان فى العقد شرط يمنعه من استعماله فعلم المشترى وقت الشراء بالسبب الذى يخشى معه نزع المبيع من يده لا يكفى بذاته للدلالة على نزوله عن هذا الحق لأنه قد يكون محيطا بالخطر الذى يهدده ويكون فى نفس الوقت معتمدا على البائع فى دفع هذا الخطر قبل استحقاق الباقى فى ذمته من الثمن مادام أنه لم يشتر ساقط الخيار " .

(طعن رقم ٢٧٤ لسنة ٤٠ ق جلسة ١٩٧٥/١٢/١٠)

٤١٨ ـ عدم انقضاء الحق فى الحبس بالتقادم :

طالما بقى الشئ محبوسا لدى المدين ، فإن حق المدين قبل الدائن لاينقضى بالتقادم ، إذ يعتبر ترك الدائن للشئ تحت يد مدينه إقرار ضمنيا بحق هذا المدين ، وهذا الإقرار من شأنه عدم سريان مدة التقادم طوال المدة التى يكون فيها المدين حابسا للشئ [١].

---

(١) محمد لبيب شنب ص ٢٩٤– سليمان مرقس ص ٣٢٣ – عبد المنعم حسنى الموجز فى النظرية العامة للالتزام طبقة ١٩٩١ ص ١٠٧ .

والتخلى عن الحيازة المسقط لحق الحبس واقعة مادية يجوز إثباتها بكافة طرق الإثبات :

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" التخلى عن الحيازة المسقط لحق الحبس واقعة مادية لمحكمة الموضوع أن تستخلصها من ظروف الدعوى وملابساتها ومن المستندات المقدمة فيها . وإذن فمتى كان الحكم المطعون فيه قد استخلص تخلى الطاعن باختياره عن حيازة العين التى يطلب تمكينه من وضع يده عليها من توقفه عن أعمال البناء قبل رفع المطعون عليها دعوى إثبات حالة البناء وإصراره على عدم إتمام البناء مما اضطر المطعون عليها إلى الاتفاق مع مقاول آخر لإتمام ما لم يقم الطاعن بتنفيذه ، ومن أن مذكرة الطاعن بقسم البوليس لم تتضمن ما يدل على صحة دعواه من أنه طرد من البناء فى تاريخ تحريرها أو أن تابعا للمطعون عليها قد اعترف بأنها أمرته بمنع الطاعن من دخول العقار ، وخلصت المحكمة من استعراض هذه الوقائع ومن مراجعة الخطابات والإنذارات المتبادلة بين الطرفين إلى أن تخلى الطاعن عن حيازته كان بمحض اختياره ، وكانت هذه القرائن التى استند إليها الحكم من شأنها أن تؤدى إلى النتيجة التى انتهى إليها ، فإن النعى عليه بمخالفة القانون يكون على غير أساس ".

(طعن رقم ٣٧٢ لسنة ٢١ ق جلسة ١٩٥٣/٤/٩)

٣ـ الإعســـار

مـــادة (٢٤٩)

يجوز أن يشهر إعسار المدين إذا كانت أمواله لا تكفى لوفـــاء ديونه المستحقة الأداء .

الشــــرح

٣٩٤ـ تعريف الإعسار :

الإعسار هو حالة المدين الذى تربو ديونه المستحقة الأداء علـــى حقوقـــه .

وعلى ذلك فلا يعتد فى هذا المجال بالديون المؤجلة .

وهذا الإعسار يسمى بالإعسار القانونى(١) .

---

(١) الإعسار فى ظل التقنين المدنى القديم :

لم يكن للإعسار المدنى نظام كامل فى التقنين السابق . فلم يـــرد ذكـــر الإعسار فيه إلا فى بضع مواد متفرقة ضمنها المشرع آثـــارا متنوعـــة تترتب على الإعسار دون أن يعنى بتعريفه وبيان حدوده .

وقد جاء بالمذكرة الإيضاحية لمشروع التقنين المدنى (نظرة عامـــة) ما يلى :

"لم يخرج المشروع فى تنظيم موقف المدين المعسر عن رد الأمر إلـــى نصابه فىوضع حافل بأسباب الاضطراب والتشتت . والحق أن تـــداول اليسر والعسر فى أحوال المتعاملين ظاهرة تقتضـــيها ســـنن التعامـــل ، أرادت صناعة التشريع أم لم ترد . فالإعسار بهذه المثابة ، حالة واقعـــة ينبغى أن يعترف القانون بها ، وأن يعالج ما ينشأ عنها من صعوبات .

ومن عجب أن تتوافر فى النصوص الراهنة مقومات هذه الاعتـــراف ، وأن يهمل مع ذلك ، تنظيم العلاج إهمالا تاما . فقد جعل الإعسار مـــن مسقطات الأجل ، وأسس عليه جواز الطعن فى تصرفات المـــدين مـــن

طريق الدعوى البولصية ، وجواز استعمال ما للمـدين مـن الحقـوق والدعاوى بمقتضى الدعوى غير المباشرة .
وغنى عن البيان أن حالة الإعسار تستتبع بحكم الواقع سـقوط بعـض الحقوق وتقييد البعض الآخر ، فهى تعرض الدائنين لخطر التزاحم . فمن واجب كل منهم أن يأخذ بأسباب البدار ما أمكن وأن يلـتمس المخـرج لنفسه . وليس من المحقق ، بل ولا من المحتمل ، أن يكون قصب السبق فى هذا التزاحم من نصيب أولى المتزاحمين وأحقهم به . إزاء كل أولئك آثر المشروع أن يستأصل ما يلابس تلك الحالة من أسباب الإضطراب ، ولاسيما أنها لا تعين المدين فى قليل أو كثير ، فضلا عـن إضـرارها بمصالح الدائنين . وكان سبيله إلى ذلك وضع نظام قـانونى للإعسـار يفيء من الحماية ما يظل المدين والدائن على حد سواء .
فيراعى فيما يتعلق بالمدين أنه يأمن تجهيل الأمر الواقـع واحتمالاتـه، ويطمئن إلى نظام قانونى أوفر دقة وأوضح حدوداً . فلـم يعـد إلحـاق وصف الإعسار به معقودا بمجرد زيادة ديونه على ماله من حقوق، بل يشترط لإشهار هذا الوصف ، عدا ذلك ، أن تكون أمواله غير كافيـة لا لوفاء ديونه جميعاً ، بل لوفاء ما هو مستحق الأداء منها فحسب ، وهـو أمعن فى تحقيق الغرض المقصود . ومتى أشهر الإعسار كـان مركـز المدين فى تصفية ديونه أفضل بلا شك من مركزه وفقاً لأحكام التشـريع الحالى ذلك أن هذا الإشهار لا يستتبع حتما حلـول الـديون المؤجلـة ، فللقاضى أن يبقى على الأجل وأن يمد فيه ، بل وللقاضى ما هو أفضل : فله أن ينظر المدين إلى ميسرة بالنسبة إلى الـديون المسـتحقة الأداء ، وبهذا يتاح له تصفية ديونه ودياً فى أكثر الظروف ملاءمـة . كمـا أن المشروع أباح له أن يتصرف فى أمواله دون أن يخشى الدائنين فى شئ، متى حصل على موافقة أغلبية خاصة من بينهم ، على بيـع كـل هـذه الأموال أو بعضها للوفاء بديونه من ثمنها ، ولم يشترط إجماع الـدائنين على هذه الموافقة . وأباح له كذلك أن يتصرف فى ماله ولو بغير رضاء

هؤلاء الدائنين ، على أن يكون ذلك بثمن المثل ، وأن يودع الثمن خزينة المحكمة للوفاء بحقوقهم ، وقد بسط له المشروع في أسباب الحماية ولاسيما ما كان منها إنساني الصبغة . فخوله حق الحصول على نفقة تقتطع من إيراده ، إذا كان هذا الإيراد محجوزا .
أما الدائنون فيكفل لهم نظام الإعسار قسطا من الحماية ، لايدانيه ما كفل لم منها بمقتضى الأحكام الراهنة . فليس لهم أن يشفقوا في ظل هذا النظام من تقدم أحدهم على الباقين ، بغير حق ، ذلك أن مجرد تسجيل صحيفة دعوى إشهار الإعسار يكون من أثره عدم نفاذ أي اختصاص يقع بعد ذلك على عقارات المدين في حق الدائنين السابقة ديونهم على هذا التسجيل . ومتى أشهر إعسار المدين أصبح من أهون الأمور على الدائنين أن يأمنوا جانبه فيما يصدر عنه من التصرفات الضارة أو المدخولة ، وأصبح إعمال أحكام الدعوى البوليصية فريدا في بساطته. فكل تصرف قانوني يصدر من المدين المعسر ، ويكون من ورائه انتقاص حقوقه أو زيادة التزاماته ، وكل وفاء يقع منه ، لا ينفذ في حق الدائنين ، دون حاجة إلى تحميلهم عبء إقامة الدليل على الغش ، وهو عبء في أغلب الأحيان غير يسير . ولتعزيز حماية الدائنين من تصرفات المدين الضارة أو المدخولة قرر المشروع توقيع عقوبة التبديد على المدين إذا ارتكب أعمالا من أعمال الغش البين إضراراً بدائنيه . وعلى هذا النحو كفل المشروع بنظام الإعسار حماية وافية للدائنين من المدين وجعل من المساواة الواجبة بينهم حقيقة واقعة .
وقد ذهب البعض إلى أن نظام الإعسار ، وإن توافرت له المزايا التي تقدمت الإشارة إليها ، فليس يخلو إعماله من عيب قد يرجح هذه المزايا جميعا . فإذا فرض في رأيهم ، أن أغلب الملاك ينوءون بأعباء الدين ، فمن الخطر أن تتخذ إجراءات لإشهار إعسار هؤلاء الملاك ، لأن هذه الإجراءات تفضي من طريق العلانية القضائية إلى الكشف عن مراكز أو أحوال ينبغي أن يكتم أمرها عن الملأ لاعتبارات مادية وأدبية . ولكن لو

صح أن يستهان بما يعرض للذهن في مثل هذه الظروف من وجوب رعاية ما يقتضى التعامل من شرف وخلق ، أفلا يبقى بعد ذلك أمر التساؤل عما إذا كانت هذه المراكز المضطربة تظل في الواقع خافية غير معلومة ؟ الحق إنه ليس أيسر من كشف الحقيقة والبصر بها في هذا الشأن ، فإن لم يتح ذلك من طرق استفاضة الشهرة ، فثمة علانية إجراءات التوزيع القضائى ، وجلسات المزايدات . وبعد فليس المدين الجدير بالعناية حقا هو البين الإعسار وإنما هو المدين العاثر الجد وهو من يحتمل أن يعود سيرة راضية إذا بذلت له المعونة بالإبقاء على ائتمانه كاملا غير منقوص والامتناع عن إشهار إعساره .

هذه القاعدة التى يمليها العقل وتقتضيها الإنسانية ، هى التى تقررت فى نظام الإعسار كما صوره المشروع ، وقد نصت إحدى مواده الأساسية- وهى المادة ٢٦٣- على أن من واجب المحكمة فى كل حال قبل أن تشهر إعسار المدين أن تراعى فى تقديرها جميع الظروف التى أحاطت به سواء أكانت تلك الظروف عامة أم خاصة ، فتنظر إلى موارده المستقبلة ومقدرته الشخصية ومسئوليته عن الأسباب التى أدت إلى إعساره ، ومصالح دائنيه المشروعة وكل ظرف آخر من شأنه أن يؤثر فى حالته المالية . ويراعى أخيراً أنه لو فرض أن مدينا عاثر الجد أشهر إعساره ، فليس ثمة أعدل من النظام الذى يطبق عليه فى هذا الشأن ، ولا أدنى منه إلى العقل والرحمة ، وقد تقدم أن هذا النظام يكفل التوفيق بين جميع المصالح المتعارضة ، فهو يحمى المدين من دائنيه ، ويحمى هؤلاء الدائنين من مدينهم ، ويحمى بعضهم من البعض الآخر .

نظرة عامة وردت بملحق تقرير لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ:

اقترح حذف المواد من ٢٤٩ إلى ٢٦٤ الخاصة بالإعسار استنادا إلى أنها لاتحقق الغرض من نظام الإعسار بعد أن اقتطعت من المشروع الأصلى النصوص المتعلقة بالتصفية . فحلول الأجل والإمهال مقرران بالمادتين ٢٧٧، ٣٤٦ من المشروع ، ودعوى عدم نفاد "تصرف فيها

ويختلف الإعسار القانونى عن الإعسار الفعلى ، الذى يتحقــق بحالة المدين التى تزيد فيها ديونه على حقوقه . سواء أكانت ديونه مُستحقة الأداء أم مؤجلة وهذا الإعسار الفعلى هو الذى يلزم توافره ليبرر التجاء الدائن إلى الطعن فى تصرفات مدينـــه عــن طريــق الدعوى البوليصية أو إلى استعمال حقوق مدينه من طريق الدعوى غير المباشرة .

غير أن المشرع رأى – عندما اتجه إلى وضع نظــام قــانونى للإعسار المدنى يفرض به قيودا شديدة على المدين – أن المصلحة تقتضى تضييق فكرة الإعسار المدنى التى يترتــب علــى تحققهــا فرض القيود التى نص عليها القانونَ .

حماية كافية للدائن ، واستناداً إلى أنه " من شأن هذا النظــام أن يمكــن الدائن المتعسف من تجريح سمعة المدين وتهديده بالمحاكمــة الجنائيــة فضلاً عما فيه من زيادة عدد القضايا والإجراءات" – ولم تــر اللجنــة الأخذ بهذا الاقتراح لأن نظام الإعسار يكفل للمدين والدائن مزايا لا تكفى فى توفيرها الأحكام الجزئية التى وردت فى سياق تحبيذ فكرة الحــذف ولا تعادلها الاعتبارات المتصلة بعدد الدعاوى وهــى بالنســبة للمــدين المعسر كثيرة وإجراءات شهر الإعسار قد تفضى على النقــيض إلــى الإقلال منها . وبحسب اللجنة أن تعرض هذه المزايا على الوجه الــذى فصلته المذكرة الإيضاحية . (نقلت اللجنة هنا نص المذكرة الإيضاحية ابتداء من عبارة " فيراعى فيما يتعلق بالمدين ... " إلى نهاية المذكرة). (مجموعة الأعمال التحضيرية جــ٢ ص ٦٥٨ ومابعدها) .

ومؤدى ذلك أنه لايكفى فى تحقق الإعسار الذى تنطبق عليه المواد ٢٤٩ ومابعدها أن تكون أموال المدين غير كافية لسداد جميع ديونه الحالة والمؤجلة ، بل يجب أن تقصر أمواله عن وفاء الديون الحالة وحدها . وهى درجة من الإعسار أشد من الدرجة التى يكتفى بها فى استعمال الدعوى البوليصية والدعوى غير المباشرة[1] .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" انقلبت حالة الإعسار وفقا لأحكام المشروع من مجرد أمر واقع يكتنفه التجهيل إلى نظام قانونى واضح المعالم بين الحدود ، فهى لا تقوم طبقا لهذه الأحكام إلا بمقتضى حكم قضائى متى ثبت أن أموال المدين لاتكفى لوفاء ديونه المستحقة الأداء . وعلى هذا النحو لايشترط مجرد نقص حقوق المدين عن ديونه ، بل يشترط أيضا أن تكون هذه الحقوق أقل من الديون المستحقة الأداء ، أى أقل من جزء معين من مجموع الديون "[2].

وقد قضت محكمة النقض بأن :

-- " مفاد نص المادتين ٤١٧ ، ٢٣٧ من التقنين المدنى أن المشرع قد فرق بين الإعسار القانونى الذى استلزم توافره لشهر

---

(١) سليمان مرقس ص ٢٧١- محمود جمال الدين زكى ص ٩١- محمد شريف عبد الرحمن ص ٨٨٩ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٢ ص ٦٦٢ .

إعسار المدين واشترط لقيامه أن تكون أمواله غير كافية لوفاء ديونه المستحقة الأداء ، وبين الإعسار الفعلى الذى استلزم توافره فى دعوى عدم نفاذ التصرف واشترط لقيامه أن يؤدى التصرف الصادر من المدين إلى أن تصبح أمواله غير كافية للوفاء بجميع ديونه سواء ما كان منها مستحق الأداء أو مضافا إلى أجل ، ومؤدى ذلك أن الإعسار الفعلى أوسع نطاقا من الإعسار القانونى فقد يتوافر الأول دون الثانى ".

(طعن رقم ٤٩٢ لسنة ٤٦ ق جلسة ١٩٧٨/٥/٨)

٢- " من المقرر أن الإعسار الفعلى يختلف عن الإعسار القانونى فالأول أشمل مجالا من الثانى بحيث يتصور توافر الإعسار الفعلى مع انتفاء الإعسار القانونى إلا أن توافر الإعسار القانونى يقتضى حتما وبطريق اللزوم توافر الإعسار الفعلى ، وإذ علقت المحكمة قضاءها فى الحكم الصادر بوقف الدعوى على صدور الحكم فى دعوى الإعسار بما قررته من أن إعمال القرينة يتوقف على صدور الحكم بالإعسار وأن وجه الرأى يتغير ولا ريب بالحكم ، فإن هذا التقرير لا يعد قضاء له حجيته تلتزم به المحكمة إلا فى حالة الحكم نهائيا بشهر الإعسار أما وقد قضى برفض شهر الإعسار لعدم توافر الإعسار القانونى فإن ذلك لايؤدى بطريق اللزوم الحتمى إلى انتفاء الإعسار الفعلى " .

(طعن رقم ٤٩٢ لسنة ٤٦ ق جلسة ١٩٧٨/٥/٨)

٤٢٠ـ نظام الإعسار خاص بغير التجار :

نظام الإعسار المنصوص عليه في المواد (٢٤٩- ٢٦٤) خاص بالإعسار المدني لغير التجار ، وهو يختلف عن نظام الإفلاس التجاري المنصوص عليه في قانون التجارة .

وكانت المادة (٣٣٤) من المشروع التمهيدي المقابلة للمادة (٢٤٩) مدني تنص على أنه : " يجوز أن يشهر إعسار كل مدين غير تاجر ، تزيد ديونه على أمواله ، متى توقف عن دفع ديونه المستحقة الأداء " . أو " يجوز أن يشهر إعسار كل مدين غير تاجر ، إذا كانت أمواله لا تكفي لوفاء ديونه المستحقة الأداء " .

إلا أنه أثناء مناقشة المادة بلجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ رئي حذف كلمتي " غير التاجر " منها لإفساح المجال لفكرة وضع نصوص في القانون التجاري تجيز للمدين التاجر الاستفادة من أحكام الإعسار بما فيها من يسر . وقد جاء بتقرير اللجنة أنه : "حذفت من النص عبارة " غير التاجر " لأن قانون التجارة تكفل بالإجراءات التي تتخذ بالنسبة للتاجر "[١] .

وواضح أن ليس من شأن هذا الحذف إباحة شهر إعسار المدين التاجر ، بل يظل نظام الإعسار قاصرا على غير التجار [٢].

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٢ ص ٦٦٢، ٦٦٤ .

(٢) اسماعيل غانم ص ٢١٥ هامش (٢) .

٤٢١ـ أهمية نظام الإعسار المدنى ومثالبه :

سبق أن رأينا أن وسائل المحافظة على الضمان العام لحماية حقوق الدائن ، من دعوى غير مباشرة ودعوى بوليصية ودعوى صورية . أن هذه الوسائل لاتحقق الحماية الكافية لحقوق الدائنين . فالحماية التى تحققها كل من الدعوى غير المباشرة والدعوى البوليصية تكون حماية متأخرة حيث لا يجوز للدائن أن يلجأ إلى أى منهما إلا بعد إعسار المدين أو الزيادة فى إعساره ، فهما يهدفان فقط إلى إنقاذ ما تبقى لدى المدين من أموال ، فهما لايحولان دون وقوع الخطر وإنما يهدفان إلى منع تفاقمه .

كما أن كلا من الدعوى غير المباشرة والدعوى البوليصية ودعوى الصورية ليست طريقا من طرق التنفيذ ، وإنما هى وسائل تمهد لهذا التنفيذ، فى حين أن ما يسعى إليه الدائن هو التنفيذ بحقه ، كما أن الدائن لا ينفرد بالتنفيذ على حقوق المدين التى حافظ عليها، بل يشاركه فى ذلك غيره من الدائنين وفى هذا ما قد يقعد الدائن عن الالتجاء إلى هذه الوسائل ويفضل أن يلجأ إلى وسائل قانونية أخرى أكثر منها فاعلية . علاوة على ذلك فإن الدعوى البوليصية محاطة بشروط ، كشرط علم المتصرف إليه بغش المدين فى المعاوضات مثلا ، تجعل من الصعب فى كثير من الأحيان الالتجاء إليها . كما أن الحماية التى تكفلها دعوى الصورية ليست قاصرة

على الدائن وحده ولكن يجوز لكل ذى مصلحة أن يطعن فى التصرفات الصورية سواء أكان أحد المتعاقدين أو خلفا عاما أو خاصا لأحدهم أو من الغير .

أما من حيث مبدأ المساواة بين الدائنين فى حق الضمان العام فإنها لا تعدو أن تكون مساواة قانونية لا مساواة فعلية فالقانون يجعل لكل دائن الحق فى التنفيذ على أموال مدينه ، ولذلك قد يبادر أحد الدائنين إلى هذا التنفيذ دون أن يتيسر ذلك عملا لأسباب كثيرة مشاركة باقى الدائنين له ولذلك فإن نظام شهر الإعسار يحمى الدائن من مدين يسعى إلى إيثار بعض الدائنين على الآخرين .

ومع ذلك فإن شهر الإعسار أمر جوازى للقاضى . كما أن الإجراءات التى وضعها القانون لشهر الإعسار تفترض أن أموال المدين لم تعد كافية لوفاء ما عليه من ديون مستحقة الأداء . وهذه الإجراءات لا تدفع خطر الإعسار وإن كانت تهدف إلى الحد من تفاقمه.

على أن أخطر مثالب نظام الإعسار هو أن شهره لا يحرم الدائن من اتخاذ إجراء فردى للتنفيذ على أموال مدينه ، وهذا يعد فارقا جوهريا بين الإعسار المدنى والإفلاس التجارى . ذلك أن الإفلاس نظام جماعى يحقق للدائنين تصفية جماعية لأموال التاجر المفلس ويتم التوزيع بواسطة أمين التفليسة . هذا الوسيط بين

التاجر المفلس ودائنيه . ولذلك لا يسمح لأحدهم بالسعى المنفرد وعلى ذلك فإن المشرع المصرى اكتفى بصدد الإعسار بأن جعل منه نظاما قانونيا يكفل إعلان حالة المدين إلى كافة دائنيه وذلك عن طريق شهر الإعسار[١] .

٤٢٢ ـ الفرق بين الإفلاس التجارى والإعسار المدنى :

يتفق الإعسار المدنى مع الإفلاس التجارى فى أمرين هما :

١- أن أحد الدائنين لا ينفرد دون الباقين فى الاستئثار بمال المدين .

٢- أن يد المدين تغل عن التصرف فى أمواله منذ شهر الإعسار إذ لا ينفذ أى تصرف قانونى للمدين يكون من شأنه أن ينقص من حقوقه أو يزيد من التزاماته ، وكذلك الحكم فى أى وفاء يقوم به المدين كما سنرى . كما تغل يد التاجر عن التصرفات فى أمواله منذ شهر الإفلاس .

ويختلف الإعسار المدنى عن الإفلاس التجارى فى أنه لايوجد فى الإعسار تصفية جماعية يقوم بها أمين التفليسة ممثلا لاتحاد الدائنين كما هو الأمر فى الإفلاس التجارى ، بل يبقى أمر التنفيذ على أموال المدين موكولا إلى إجراءات فردية يقوم بها كل دائن باسمه خاصة .

---

(١) نبيل إبراهيم سعد ص ١٥٠ ومابعدها .

كما أنه يترتب على شهر إفلاس التاجر عدة آثار تتناول المفلس في شخصه وفي ماله ففيما يتعلق بشخصه تسقط عنه بعض الحقوق المهنية والسياسية فضلا عن العقوبة الجنائية التي يتعرض لها في حالتي الإفلاس بالتقصير والإفلاس بالتدليس ، بينما لا يوجد في الإعسار المدني شئ من ذلك .

٤٢٣ـ شروط شهر الإعسار :

يشترط لشهر إعسار المدين شرطان هما :

١- أن يثبت أن أموال المدين لا تكفي لوفاء ديونه المستحقة الأداء :

فإذا كانت على المدين ديون مستحقة الأداء وأخرى مؤجلة ، فلا يشترط لشهر الإعسار أن تكون أمواله غير كافية لوفاء هذه الديون جميعا ، بل يكفي أن تكون هذه الأموال أقل من الديون المستحقة الأداء .

(راجع نقض رقم ٤٩٢ لسنة ٤٦ ق جلسة ١٩٧٨/٥/٨ المنشور ببند ٤١٩) .

٢- صدور حكم بشهر الإعسار :

يجب أن يطلب الحكم بشهر الإعسار من المحكمة المختصة . وإذا كان الغالب أن يقوم الدائنون بذلك، إلا أن القانون يجعل طلب شهر الإعسار للمدين نفسه أو لأحد دائنيه ، كما سنرى .

(أنظر شرح المادة التالية) .

مـــادة (٢٥٠)

يكون شهر الإعسار بحكم تصدره المحكمـــة الابتدائيـــة التـــى يتبعها موطن المدين ، بناء على طلب المدين نفسه أو طلب أحـــد دائنيه ، وتنظر الدعوى على وجه السرعة .

الشـــــرح

المحكمة المختصة بنظر دعوى شهر الإعسار :

٤٢٤ ـ المحكمة المختصة نوعيا :

حدد النص المحكمة المختصة نوعيا بنظر دعوى شهر الإعسار بأنها المحكمة الابتدائية .

وتختص المحكمة الابتدائية نوعيا بنظر الـــدعوى ولـــو كانـــت الدعوى تدخل طبقا للقواعد العامة فى اختصاص المحكمة الجزئية .

وقد روعى فى منح الاختصاص للمحكمة الابتدائية فى جميـــع الأحوال ، الأهمية التى تحوزها دعوى شهر الإعسار .

والاختصاص النوعى مما يتعلق بالنظام العام . فلا يجوز اتفاق الخصوم على مخالفته ويجوز الدفع به فى أية حالة تكـــون عليهـــا الدعوى ، كما يجوز التمسك به لأول مرة أمام محكمـــة الـــنقض ، ويجب على المحكمة التصدى له من تلقاء نفسها (م١٠٩ مرافعات).

٤٢٥ـ المحكمة المختصة محليا :

تختص محليا بنظر دعوى شهر الإعسار- طبقا لصريح النص- المحكمة الابتدائية التى يتبعها موطن المدين . وذلك سواء كانت الدعوى مرفوعة من الدائن أو المدين .

وهذا الاختصاص المحلى يتمشى مع القاعدة العامة المنصوص عليها فى المادة ١/٤٩ مرافعات من أنه : " يكون الاختصاص للمحكمة التى يقع فى دائرتها موطن المدعى عليه ما لم ينص القانون على خلاف ذلك " .

والاختصاص المحلى مما لايتعلق بالنظام العام . ويجب التمسك به صراحة قبل إبداء أى طلب أو دفاع فى الدعوى أو دفع بعدم القبول كما يجب التمسك به بصحيفة الطعن (م١٠٨ مرافعات) .

٤٢٦ـ ممن ترفع دعوى شهر الإعسار ؟

ترفع دعوى شهر الإعسار إما من أحد الدائنين أو من المدين نفسه . ونعرض لذلك بالتفصيل فيما يلى :

(أ) رفع دعوى شهر الإعسار من أحد الدائنين :

الغالب أن يكون طلب شهر الإعسار صادرا من أحد الدائنين ، ويهدف الدائن عادة من ذلك إما إلى غل يد المدين المعسر عن التصرف فى أمواله ، وإما إلى وقف السباق بين الدائنين فى التنفيذ

على أموال المدين وفى أخذ الاختصاصات عليها . وإما إلى إسقاط أجل دينه هو قبل حلوله تفاديا لحرمانه من مشاركة الدائنين المستحقة ديونهم فى إجراءات التنفيذ والتوزيع التى يتخذونها على أموال المدين قبل حلول أجل ذلك الدين . ومعنى ذلك أنه لايشترط أن يكون دين الدائن رافع الدعوى حال الأداء . إنما ينبغى فى هذه الحالة لشهر الإعسار وجود ديون أخرى مستحقة الأداء لاتفى بها ديون المدين وإلا تكون دعوى شهر الإعسار غير مقبولة لرفعها قبل الأوان[١] .

٤٢٧ـ الإثبات فى الدعوى :

إذا كان طلب شهر الإعسار صادرا من أحد الدائنين كان عليه عبء إثبات إعسار المدين ، أى إثبات أن جميع أموال المدين لاتفى بديونه المستحقة وقت طلب شهر إعساره . ويجوز له إثبات ذلك بكافة الطرق لأن عدم كفاية الأموال واقعة مادية [٢].

وقد ذهب رأى فى الفقه إلى أن عدم كفاية أموال المدين واقعة سلبية تقتضى حصر ديون المدين وحقوقه ، ولأن المدين هو أقدر الناس على حصر حقوقه وأكثرهم مصلحة فى الكشف عنها وإثباتها،

---

(١) سليمان مرقس ص ٢٧٢ ومابعدها – اسماعيل غانم ص ٢١٦ .

(٢) سليمان مرقس ص ٢٧٣– محمود جمال الدين زكى ص ٩١– محمد شريف عبد الرحمن ص ٨٩٤ .

فإنه يجوز للمحكمة بمقتضى سلطتها استنباط القرائن القضائية وتجزئة عبء الإثبات بين الدائن والمدين ، فتكتفي من الدائن بإثبات الديون المستحقة على المدين ، وتكلف الأخير بيان أموال له تفي بهذه الديون . ولا يمكن عملا تكليف الدائن ببيان أموال مدينه ، لأن الدائن يستطيع حينئذ أن يقتصر على إثبات الديون وأن يقرر أنه ليس للمدين مال . فيضطر هذا لتكذيب الدائن إلى إثبات العكس ببيان أمواله التي تفي بديونه .

ويستند هذا الرأى إلى ما تنص عليه المادة ٢٣٩ مدنى الواردة فى الدعوى البوليصية من أنه : " إذا ادعى الدائن إعسار المدين ، فليس عليه إلا أن يثبت مقدار ما فى ذمته من ديون وعلى المدين نفسه أن يثبت أن له مالا يساوى قيمة الديون أو يزيد عليها "(١).

إلا أن محكمة النقض لم تأخذ فى حكم حديث لها بهذا الرأى ، وألقت عبء الإثبات جميعه على الدائن .

إذ قضت بأن :

" الإعسار لايعدو أن يكون حالة قانونية تستفاد من عدم كفاية أموال المدين للوفاء بديونه المستحقة الأداء ، وهو يقوم على أمر واقع له علاماته التى تشهد عليه ، وعلى من يدعى أن مدينه معسرا

---

(١) السنهورى جـ٢ ص ١١٢٤ ومابعدها - سليمان مرقس ص ٢٧٣ ومابعدها - محمد شريف عبد الرحمن ص ٨٩٤ ومابعدها .

أن يقيم الدليل على إعساره بإثبات الوقائع التى تدل على ذلـــك دون أن يكلف المدين بإثبات أن يساره يغطى الدين ".

(طعن رقم ٣٥٦٣ لسنة ٦٩ ق جلسة ٢٠٠٠/٥/٢٨) [١]

(ب)- رفع دعوى شهر الإعسار من المدين :

قد توجد للمدين مصلحة فى شهر إعساره ، وذلك فـــى الحالـــة التى تتعدد فيها ديونه ويلح الدائنون عليه فى طلبهـــا أو يحجـــزون على إيراداته كلها فيحرمونه مما يلزم لنفقته، فتكون مصلحته مـــن شهر إعساره هى أن يحصل على آجال لديونه الحالـــة إذا كانـــت ظروفه تسمح بمنحه هذه الآجال (المادة ٢/٢٥٥ مـــدنى) ، أو أن

---

(١) وقد قضت محكمة النقض فى ظل القانون القديم – بأن :

" الإعسار هو حالة قانونية تستفاد من أن أموال الشخص ليســت كافيـــة للوفاء بديونه المستحقة عليه . وهو بهذا المعنى لا يقوم على نفى مطلق يتعذر إثباته بل يقوم على أمر واقع له علاماته التى تشهد عليه . على أن المقرر فى الإثبات أنه إذا كانت الواقعة المدعاة سلبية وكانت منطبطـــة النفى كان على مدعيها إثبات خلافها متى أمكنة تحويلهـــا إلـــى قضـــية موجبة . فإذا لم يكن ذلك ممكنا أو كانت الواقعة غير منضبطة النفى فإن مدعيها يعتبر عاجزا عن إثبات دعواه . وعلى ذلك فلا مخالفة لقواعـــد الإثبات إذا اعتبر الحكم المشفوع منه عاجزا عن إثبات إعسار الشـــفيع لأنه لم يقدم دليلا على هذا الإعسار ".

(طعن رقم ١٦ لسنة ١٥ ق جلسة ١٩٤٦/١/٣١)

يحصل على تقرير نفقة من إيراداته المحجوز عليهـا ليسـتطيع أن يعيش منها إلى أن تتم تصفية أمواله (المادة ٢٥٩مدنى) [١].

عندئذ يكون المدين هوالمدعى فى دعوى شهر الإعسار، وعليه أن يختصم فيها دائنيه ، فيكونون هم المدعى علـيهم . ويغلـب أن يتقدم المدين بهذا الطلب فى دعوى يرفعها عليه أحد دائنيه مطالبـا إياه بالدين فيدعى المدين إعساره ويطلب شهر هذا الإعسار .

ويترتب على ذلك أن يقع على المدين- وفقا للقواعد العامـة- باعتباره مدعيا إثبات إعساره ، فيجب عليه أن يثبت أمرين ليسا فى صالحه وهما وجود ديون مستحقة عليه وعدم وجود أموال له تفـى بهذه الديون . ويكتفى منه فى ذلك بإقراره بهذين الأمرين[٢].

غير أنه يجوز أن ينازع أحد الدائنين فى إقرار المدين ، فيلتزم إثبات كذب الإقرار ، فيثبت أن الديون التى أقر بها المدين ليسـت كلها أو بعضها ديونا حقيقية أو ليست بعد مسـتحقة الأداء أو أنهـا سبق الوفاء بها ، أو يثبت أن للمدين أموالا أخرى غير ما أقر بـه وأن مجموع أمواله يفى بديونه المستحقة [٣].

---

(١) السنهورى جـ٢ ص ١١٢٧ ومابعدها – سليمان مرقس ص ٢٧٤ .

(٢) سليمان مرقس ص ١٨٩ ومابعدها- اسماعيل غانم ص ٢١٨ .

(٣) سليمان مرقس ص ٢٧٥- فى هذا المعنـى اسـماعيل غـانم ص ٢١٨ هامش (١) .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" أما حكم إشهار الإعسار فيصدر من محكمة المـــدين مـــدعى عليه أو مدعيا ، فقد يكون المدين مدعى عليه ، إذا طلب أحد دائنيه إشهار إعساره ، كما هى الحال فى أغلب الفـــروض . ولكـــن قـــد يطلب المدين نفسه إشهار إعساره ليفيد مما يوفره له نظام الإعسار من مزايا كنظرة الميسرة فى أداء الديون الحالة ، ومد أجل الديون غير المستحقة الأداء ، والحصول على نفقة تقتطع مـــن إيـــراده . وتكون الأحكام الصادرة فى دعاوى طلب إشهار الإعســـار قابلـــة للطعن بطريق المعارضة والاستئناف سواء أكانت صادرة بقبـــول الطلب أم صادرة برفضه .... الخ "[1].

٤٢٨ـ لا يجـوز للنيابة العامـة طلب شـهر الإعســـار كمـا لا تقضى به المحكمة من تلقاء نفسها :

حدد النص من يجوز له طلب شهر الإعسار ، بأحد الدائنين أو المدين نفسه ، ومن ثم لايجوز للنيابة العامة طلب شهر الإعســـار ، كما لايجوز للمحكمة أن تقضى بشهر الإعسار من تلقاء نفسها .

ويختلف هذا عن المقرر فى دعوى شهر الإفلاس . إذ تجـــرى المادة (٥٥٢) من قانون التجارة الجديد على أن : " يشهر إفـــلاس التاجر بناء على طلبه أو طلب أحد الدائنين أو النيابة العامة .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جــ٢ ص ٦٧٣ .

ويجوز للمحكمة أن تقضى بشهر الإفلاس من تلقاء ذاتها [(١)].

٤٢٩ ـ نظر دعوى شهر الإعسار على وجه السرعة :

تنص المادة على أن تنظر دعوى شهر الإعسار " علـــى وجـــه السرعة " .

وعبارة (على وجه السرعة) مرادفة لعبـــارة (علـــى وجـــه الاستعجال) إلا أنها تختلف عن (الصفة المستعجلة) التى تنظر بهـــا بعض الدعاوى فالمنازعات التى يوجب القانون نظرها على وجـــه السرعة **avec célérité** هى منازعات موضوعية ترفع إلى المحكمة المختصة بحسب القواعد العامة لتصدر فيها حكما موضوعيا ، أما المواد المستعجلة **matieré de refene** فهى منازعات فى طلبـــات وقتية ترفع إلى المحكمة المستعجلة أو إلى محكمة الموضوع عملاً بالمادة ٤٥ مرافعات لتصدر فيها حكما وقتيا تكون له حجية مؤقتـــة ولا يجمع بينهما إلا ما يوجبه القانون من إنجازهما والفصل فيهمـــا فوراً بغير إبطاء .

وكان قانون المرافعات السابق قبل تعديله بمقتضى القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٢ ينص على وجوب عرض الدعاوى التى يفصل فيها علىٰ وجه السرعة مباشرة على المحكمة الكاملة فى المحـــاكم

---

(١) راجع فى التفصيل مؤلفنا موسوعة الفقه والقضاء فـــى شـــرح قـــانون التجارة الجديد المجلد الرابع شرح المادة (٥٥٢).

الابتدائية دون عرضها على قاضى التحضـــير (م١١٨) ، ويمنـــع الطعن بالمعارضة فى الحكم الصادر فيها (م٣٨٦) ويجعل ميعـــاد استئنافه عشرة أيام أيا كانت المحكمة التى أصدرت الحكم (م٤٠٢)، ويوجب رفع الاستئناف بتكليف بالحضور عمـــلا بالمـــادة ٤٠٥ ، ويوجب إيداع مسودة الحكم المشتملة على أسبابه فى ميعاد قصـــير يختلف عن الميعاد المقرر بالنسبة للأحكام الصـــادرة فـــى المـــواد الأخرى (م٣٤٦) ، ويكتفى بالنسبة لصحف الدعاوى التى يوجـــب القانون الفصل فيها على وجه السرعة بأن يبـــين المـــدعي فيهـــا موضوعها وطلباته بالإيجاز دون حاجة إلى ذكر وقـــائع الـــدعوى وأدلتها وأسانيد المطلوب وذلك عملا بالمادة (٧١).

إلا أن المشرع ألغى بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٢ كل تفرقة بين الدعاوى التى تنظر على الوجه المعتاد وتلك التى تنظر علـــى وجه السرعة .

ولم يعد المقصود من هذا التعبير إلا مجرد حث المحكمة علـــى إنجاز الدعوى بسرعة .

مـــادة (٢٥١)

على المحكمة فى كل حال قبل أن تشهر إعسار المـــدين ، أن تراعى فى تقديرها جميع الظروف التى أحاطت به ، سواء أكانـــت هذه الظروف عامة أم خاصة فتنظـــر إلـــى مـــوارده المســـتقبلة ومقدرته الشخصية ومسئوليته عن الأسباب التى أدت إلى إعساره ومصالح دائنيه المشروعة ، وكل ظرف آخر من شأنه أن يـــؤثر فى حالته المالية .

الشــــرح

٤٣٠ ـ سلطة المحكمة فى القضاء بشهر الإعسار :

سواء قدم طلب شهر الإعسار من المدين نفسه أو من أحد دائنيه، فإنه لا يترتب على ثبوت عدم كفاية أموال المدين للوفـــاء بديونـــه المستحقة وجوب الحكم بشهر إعساره . لأن هذا الحكم ليس مقررا بل هو منشئ حالة قانونية جديدة جعل القـــانون للمحكمـــة ســـلطة تقديرية فى شأنها .

فيجب على القاضى قبل القضاء بشهر الإعسار أن يراعى كافة الظروف التى أحاطت بالمدين ، سواء كانت هذه الظروف عامـــة ، كسوء الحالة الاقتصادية العامة ونشوب حرب أو حدوث غزو سبب وقف الأعمال وإتلاف الأموال ، أو كانت هذه الظـــروف خاصـــة بالمدين نفسه ، سواء أكانت هذه الظروف مما يعد عذرا لـــه فـــى تحقق إعساره دون تقصير أو إهمال منه كمرض أقعده عن العمـــل

مدة كبيرة أو وفاة ابن له كان يعاونه فى عمله وفى وفاء ديونه . أم كانت مما يبعث ثقة فى مستقبل المدين كقيامه بمشروع يوشـك أن يدر عليه ربحا كبيرا أو حصوله على خبرة قيمة تبشر بنجاح كبير فى أعماله ، وكل ذلك مع مراعاة مصالح الدائنين المشروعة .

وقد نصت المادة (٢٥١) على هذه الظروف المختلفة على سبيل المثال لا الحصر . فهى توجب على القاضى أن يراعـى " كافـة الظروف " وأضافت إلى الظروف التى عددتها " كل ظرف آخـر من شأنه أن يؤثر فى حاله الدين المالية " .

فإذا رأت المحكمة فى ظروف المدين ما يجعله معـذورا فـى إعساره وما يوحى بأن هذا الإعسار عارض ينتظر زوالـه نظـرا لإمكانيات المدين المستقبلة رفضت شهر إعساره إذا لم يكـن فـى الرفض ضرر كبير لدائنيه . وإلا قضت بشهر الإعسار[1] .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" فإذا توافر هذا الشرط جاز للقاضى أن يحكم بـذلك ، دون أن ينطوى الأمر على ضرب من ضروب الوجوب .

ومؤدى هذا أن للقاضى سلطة رحبة الحدود ، تتيح لـه تقـدير جميع ظروف المدين ، وأخذه بالشدة أو اصطناع الرفق فى معاملته،

---

(١) سليمان مرقس ص ٣٧٥ ومابعدها – اسماعيل غانم ص ٢١٨- محمود جمال الدين زكى ص ٩٢ .

وفقا للأحوال العامة والخاصة ، وقد يكون فى الأحوال العامة ما يستنهض لمصلحة المدين كما لو عرضت له عسرة موقوتة فى خلال أزمة اقتصادية شاملة . ويراعى من ناحية أخرى أن لأحوال المدين الخاصة النصيب الأوفى فى توجيه الحكم على مركزه ، فمن ذلك مثلا كفايته الشخصية (وهى التى يتوقف عليها إلى حد بعيد تقدير ما يرجى له من فرص التوفيق فى مستقبلة) وسنه ، وحرفته ، ومركزه الاجتماعى ، ومصالح دائنيه المشروعة ، ومدى مسئوليته عن إعساره ، وكل ظرف آخر من شأنه أن يؤثر فى حالته المادية "[١].

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " يجب على محكمة الموضوع وهى تفصل فى حكمها الصادر بشهر الإعسار ، أن تورد المبالغ الدالة على تحققه والتى يبين منها عدم كفاية أموال المدين للوفاء بديونه المستحقة الأداء وأن تراعى- وعلى ما تقضى به المادة ٢٥١ من القانون المدنى- فى تقديرها الظروف العامة التى أعسر فيها المدين وكذا الظروف الخاصة به ، وكل ظرف آخر يكون قد أثر على حالته المالية ".

(طعن رقم ٣٥٦٣ لسنة ٦٩ ق جلسة ٢٠٠٠/٥/٢٨)

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٢ ص ٦٦٢ .

٢- " لما كان البين من مدونات الحكم المطعون فيه أنه اتخذ من مجرد قيام المطعون ضده بإجراء تنفيذ الحكم الصادر له ضد الطاعن بحجز ما للمدين لدى الغير وبالحجز على منقولات الطاعن شخصيا ومن عدم إثباته - كحارس قضائى على أموال نقابة المحامين- أن لدى النقابة أموالا كافية للوفاء بدين المطعون ضده دليلا على عدم كفاية هذه الأموال ، ورتب على ذلك قضاءه بشهر الإعسار دون أن يستظهر أن ما تم الحجز عليه هو كل ما للطاعن بصفته من أموال ، ودون أن يورد الأسباب التى استند عليها فى عدم ثبوت كفاية أموال النقابة للوفاء بدين المطعون ضده ويكشف عما إذا كانت المحكمة قد تنبهت لظروف عامة أو خاصة تكون قد صاحبت الطاعن إبان إعساره وأثرت فى حالته المالية من عدمه الأمر الذى يعجز محكمة النقض عن مراقبة صحة تكييف الوقائع وإنزال حكم القانون عليها وهو ما يعيب الحكم " .

(طعن رقم ٣٥٦٣ لسنة ٦٩ ق جلسة ٢٠٠٠/٥/٢٨)

مـادة (٢٥٢)

مدة المعارضة فى الأحكام الصادرة فى شأن الإعسار ثمانيـة أيام ، ومدة استئنافها خمسة عشرة يوما ، تبدأ من تاريخ إعـلان تلك الأحكام .

الشـرح

٤٣١ ـ الطعن بالمعارضة فى الأحكام الصادرة فى شأن الإعسار :

إذا صدر الحكم فى دعوى شهر الإعسار غيابيا سـواء بشـهر الإعسار أو برفضه ، جاز للمحكوم ضده الطعن بالمعارضـة فـى هذا الحكم .

ومدة المعارضة ثمانية أيام . تبدأ من تاريخ إعلان الحكم إلـى المدين .

ويتم هذا الإعلان طبقا للقواعد المقررة فى قانون المرافعات .

وترفع المعارضة إلى المحكمة التى أصدرت الحكم المعـارض فيه . بصحيفة تراعى فيها الأوضاع المقررة فى قانون المرافعات .

وإجازة الطعن بالمعارضة تعد استثناء من طرق الطعـن فـى قانون المرافعات ، والذى ألغى الطعن بطريق المعارضـة . إذ أن المادة (٢٥٢ مدنى) تعتبر نصا خاصا متعلقا بدعاوى شهر الإعسار لم تتناولها بالإلغاء أحكام تقنين المرافعات، باعتباره قانونا عاما فى الإجراءات .

٤٣٢ـ الطعن فى الحكم الصادر فى دعوى شهر الإعسار بالاستئناف :

إذا صدر الحكم فى دعوى شهر الإعسار حضوريا ، جاز الطعن فيه بالاستئناف أمام محكمة الاستئناف ، سواء كان الحكم صادرا بشهر الإعسار أو برفضه.

فلو أن الدائن رفع الدعوى على المدين يطلب شهر إعساره ، وصدر الحكم ابتدائيا بشهر الإعسار ، جاز لمدين المحكوم عليه بشهر إعساره أن يستأنف الحكم أمام محكمة الاستئناف التى تستأنف أمامها أحكام المحكمة الابتدائية التى أصدرت الحكم .

وكذلك إذا صدر الحكم الابتدائى برفض شهر الإعسار ، جاز للدائن استئنافه [1].

كما يجوز الطعن بالاستئناف فى الحكم الصادر فى المعارضة ويعتبر الطعن فى الحكم بالاستئناف نزولا عن حق المعارضة [2].

ويبدأ هذا الميعاد من تاريخ إعلان الحكم فى كافة الأحوال .

وميعاد الاستئناف وإن كان يخالف ميعاد الطعن فى الأحكام بالاستئناف عامة وهو أربعون يوما طبقا للمادة ١/٢٢٧ مرافعات ، إلا أن هذا النص ذاته بين أنه يجوز أن ينص فى قانون ما على

---

(١) السنهورى جـ٢ ص ١١٣١ – محمد شريف عبد الرحمن ص ٩٠٤ .

(٢) المستشار أنور طلبه ص ٦١١ .

ميعاد يختلف عن ميعاد الأربعين يوما سالف الذكر بنصها على أن:
" ميعاد الاستئناف أربعون يوما ما لم ينص القانون على غير ذلك".

كما أن بدء ميعاد الاستئناف وإن كان يخالف القاعدة العامة فى بدء الميعاد المنصوص عليه بالمادة ٢١٣ من قانون المرافعات ، إلا أن هذه المادة بينت أنه يجوز أن ينص قانون ما على تاريخ آخر يبدأ منه ميعاد الاستئناف ، إذ نصت على أن :

" يبدأ ميعاد الطعن فى الحكم من تاريخ صدوره ما لم ينص القانون على غير ذلك . ويبدأ هذا الميعاد من تاريخ إعلان الحكم إلى المحكوم عليه فى الأحوال التى يكون فيها قد تخلف عن الحضور فى جميع الجلسات المحددة لنظر الدعوى ولم يقدم مذكرة بدفاعه أمام المحكمة ولا أمام الخبير ، وكذلك إذا تخلف عن الحضور ولم يقدم مذكرة إلى المحكمة ولا إلى الخبير فى جميع الجلسات التالية لتعجيل الدعوى بعد وقف السير منها لأى سبب من الأسباب .

كما يبدأ الميعاد من تاريخ إعلان الحكم إذا حدث سبب من أسباب انقطاع الخصومة وصدر الحكم دون اختصام من يقوم مقام الخصم الذى توفى أو فقد أهليته للخصومة أو زالت صفته .

ويكون إعلان الحكم لشخص المحكوم عليه أو فى موطنه الأصلى .

ويجرى الميعاد فى حق من أعلن بالحكم ".

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" وتكون الأحكام الصادرة فى دعاوى طلب إشـــهار الإعســـار قابلة للطعن بطريق المعارضة والاستئناف سواء أكانـــت صـــادرة بقبول الطلب أم صادره برفضه ، بيد أن مواعيد الطعـــن قصـــرت إلى حد بعيد فجعل ميعاد المعارضة ثمانية أيام ، وميعاد الاستئناف خمسة عشر يوما ، من تاريخ الإعلان "(١).

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـــ٢ ص ٦٧٣ .

مادة (٢٥٣)

١- على كاتب المحكمة فى اليوم الذى تقيد فيه دعوى الإعسار أن يسجل صحيفتها فى سجل خاص يرتب بحسب أسماء المعسرين، وعليه أن يؤشر فى هامش التسجيل المذكور بالحكم الصادر فى الدعوى وبكل حكم يصدر بتأييده أو بإلغائه ، وذلك كله يوم صدور الحكم .

٢- وعلى الكاتب أيضا أن يرسل إلى قلم كتاب محكمة مصر صورة من هذه التسجيلات والتأشيرات لإثباتها فى سجل عام ، ينظم وفقا لقرار يصدر من وزير العدل .

الشـرح

٤٣٣ـ العلانية التى نظمها القانون للحكم الصادر فى دعوى شهر الإعسار :

عنى المشرع بأن يحيط حالة الإعسار بعلانية كافية . وقد أراد بذلك أن يكفل علم الدائنين بإعسار مدينهم فلا يتأخر أحدهم عن الاشتراك فى التنفيذ بسبب جهله بأحوال مدينه . وأراد بذلك أيضا أن يكفل وسيلة العلم للغير ، فلا يقبل ممن يتعامل مع المعسر أن يعتذر بجهله .

وقد نص المشرع على نوعين من العلانية : علانية محلية فى محكمة موطن المدين ، وعلانية عامة فىمحكمة القاهرة الابتدائية . وهذه هى الجهة المركزية الرئيسية للإعلان عن الحكم .

(أ) – العلانية المحلية :

١- على كاتب المحكمة فى اليوم الذى تقيد فيه دعوى الإعسار أن يسجل صحيفتها فى سجل خاص يرتب بحسب أسماء المعسرين.

٢- على كاتب المحكمة أن يؤشر فى هامش التسجيل المذكور بالحكم الصادر فى الدعوى سواء بشهر الإعسار أو برفض الدعوى.

وإذا طعن فى الحكم بالمعارضة أو الاستئناف أو النقض أو التماس إعادة النظر ، وجب عليه التأشير بذلك فى هامش التسجيل.

ويكون ذلك يوم صدور الحكم .

(ب)- العلانية المركزية :

أوجبت الفقرة الثانيه من المادة على كاتب المحكمة أن يرسل إلى قلم كتاب محكمة مصر الابتدائية صورة من التسجيلات والتأشيرات الذى ذكرناها سلفا (أ) لإثباتها فى سجل عام ، ينظم وفقا لقرار يصدر من وزير العدل .

وبذلك كفل النص تركيز التسجيلات الخاصة بالإعسار بالنسبة إلى جميع البلاد فى سجل عام يمسك بمحكمة القاهرة الابتدائية .

وهكذا يستطيع من يهمه الأمر أن يكشف عن حالة المدين من حيث إعساره إما فى السجل الخاص الموجود بالمحكمة التى رفعت إليها الدعوى وإما فى السجل العام بمحكمة مصر الابتدائية .

وحتى الآن لم يصدر قرار وزير العدل بتنظيم هذا السجل العام.

وتجدر الإشارة إلى أنه لا توجد ثمة وسائل أخرى تكفل علانية حكم شهر الإعسار .

مادة (٢٥٤)

يجب على المدين إذا تغير موطنه أن يخطر بذلك كاتب المحكمة التى يتبعها موطنه السابق . وعلى هذا الكاتب بمجرد علمه بتغيير الموطن سواء أخطره المدين أم علم ذلك من أى طريق آخر ، أن يرسل على نفقة المدين صورة من حكم شهر الإفلاس ومن البيانات المؤشر بها فى هامش التسجيل إلى المحكمة التى يتبعها الموطن الجديد لتقوم بقيدها فى سجلاتها .

الشرح

٤٣٤ ـ تغيير موطن المدين :

لما كان نقل المدين موطنه من دائرة المحكمة التى رفعت إليها دعوى إعساره إلى دائرة محكمة أخرى ، أمرا محتملا .

فقد أوجبت المادة على المدين أن يخطر بذلك كاتب المحكمة التى يتبعها موطنه السابق .

ولم تحدد المادة شكلا معينا يتم فيه الإخطار فقد يكون بإعلان على يد محضر أو بخطاب مسجل أو بخطاب عادى أو حتى شفاهة.

كما أوجبت على كاتب المحكمة بمجرد علمه بتغيير موطن المدين ، سواء كان ذلك بناء على إخطار المدين أو بناء على علم الكاتب من أى طريق آخر كتنبيه أحد الدائنين أو أحد ذوى الشأن مثلا ، أن يرسل على نفقة المدين صورة من حكم شهر الإعسار

ومن البيانات المؤشر بها فى هامش التسجيل إلى المحكمة التى يتبعها الموطن الجديد لتقوم بقيدها فى سجلاتها .

والغرض من ذلك تمكين من يتعاملون مع المدين فى موطنه الجديد ، وبخاصة إذا كانوا لا يعلمون موطنه السابق ، من الإحاطة بمركزه من حيث الإعسار أو عدمه بالكشف عن ذلك فى سجل الإعسار الموجود بمحكمة الموطن الجديد .

ويلاحظ أن هذا الواجب لم ينص على جزاء له ، كما لم ينص على جزاء يوقع على كاتب المحكمة الذى يهمل التسجيل أو التأشير غير أن الكاتب يمكن أن يوقع عليه الجزاء التأديبى أما المدين فلا يتعرض لأى جزاء[١] .

---

(١) سليمان مرقس ص ٢٧٨ وهامش (١) – وكانت المادة (٣٤٨) من المشروع التمهيدى التى تقابل المادة (٢٦٠ مدنى) تنص على أن : "يعاقب المدين الذى أشهر إعساره بعقوبة التبديد فى الحالات الآتية : (أ).... (ب) .... (ج) إذا غير بطريق الغش موطنه، وترتب على هذا التغيير ضرر لدائنيه ".
إلا أن الفقرة الأخيرة حذفت فى لجنة المراجعة لما أشار إليه أحد الأعضاء من أنه يحسن عند البدء بإدخال نظام الإعسار فى التشريع عدم التوسع فى العقوبات (مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٢ ص ٦٨٨ ومابعدها) .

قد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" ومتى صدر حكم إشهار الإعسار تولى كاتب المحكمة تسجيله من تلقاء نفسه فى يوم النطق به بالذات . ويحصل التسجيل بطريق القيد فى سجل عام يعد فى المحكمة لهذا الغرض ، ويؤشر فى هامش السجل بكل حكم صادر بتأييد الحكم الأول أو بإلغائه وبهذا يتم إشهار حالة الإعسار، ويكون لكل ذى شأن أن يعلم بها بالرجوع إلى هذا السجل فى المحكمة التى يقع بدائرتها محل المدين . وإذ كان تغيير محل المدين مما يدخل فى حدود الاحتمال ، فقد شرعت المادة ٣٣٩ من المشروع إجراءات خاصة تكفل تسجيل الحكم فى المحكمة التى يقع فى دائرتها محله الجديد . وقد أوجبت المادة ٣٣٩ على المدين ، عند تغيير محله ، أن يخطر بذلك كاتب المحكمة التى يقع فى دائرتها محله القديم ، وبمجرد علم الكاتب بهذا التغيير من طريق الإخطار ، أو من طريق آخر (كتنبيه أحد الدائنين أو أحد ذوى الشأن مثلا) يتعين عليه أن يرسل على نفقة المدين صورة من حكم إشهار الإعسار إلى المحكمة التى يقع فى دائرتها المحل الجديد لتقوم بقيدها فى سجلاتها "[1].

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٢ ص٦٧٣ ومابعدها .

مـادة (٢٥٥)

١- يترتب على الحكم بشهر الإعسار أن يحل كل ما فى ذمة المدين من ديون مؤجلة. ويخصم من هذه الديون مقدار الفائدة الاتفاقية أو القانونية عن المدة التى سقطت بسقوط الأجل .

٢- ومع ذلك يجوز للقاضى أن يحكم بناء على طلب المدين ، وفى مواجهة ذوى الشأن من دائنيه ، بإبقاء الأجل أو مده بالنسبة إلى الديون المؤجلة . كما يجوز له أن يمنح المدين أجلا بالنسبة إلى الديون الحالة ، إذا رأى أن هذا الإجراء تبرره الظروف ، وأنه خير وسيلة تكفل مصالح المدين والدائنين جميعا .

الشـرح

٤٣٥ـ يترتب على شهر الإعسار حلول آجال الديون المؤجلة :

الغرض من تنظيم شهر الإعسار تحقيق المساواة بين الدائنين ، فإذا قضى نهائيا بشهر الإعسار ، كان ذلك إشعارا للدائنين بأن يبادروا إلى التنفيذ على أمواله ، حتى يدركوا منها ما يستطيعون أن يستوفوا به أكبر نصيب من حقوقهم . أما بالنسبة للدائنين أصحاب الحقوق المؤجلة فإن آجال ديونهم لو بقيت كما هى لما استطاعوا المبادرة إلى التنفيذ بها لأنها لم تحل بعد ، فإذا انتظروا إلى أن تحل هذه الديون فربما تستنفد الديون الحالة أموال المدين، فلا يستطيعون استيفاء ديونهم ، وهو ما يخل بالمساواة بين الدائنين.

وعلاجا لهذا الوضع وتحقيقا للمساواة بين الدائنين ، رتب المشرع على الحكم النهائى بشهر الإعسار سقوط آجال الديون المؤجلة حتى تصبح هذه الديون مستحقة الأداء ويستطيع الدائنون بها أن يشتركوا مع سائر الدائنين فى توزيع أموال المدين .

وحتى لا يغبن المدين وأصحاب الديون الحالة من إسقاط آجال الديون . أوجب النص استنزال جزء من هذه الديون يعادل فوائدها عن المدة الباقية من آجالها .

فإذا كان الباقى من الأجل سنة مثلا وقت الحكم النهائى بشهر الإعسار ، تعين أن يستنزل من أصل الدين فى مقابل إسقاط هذه السنة وصيرورة الدين مستحق الأداء فورا ٤% من قيمته إن كان مدنيا أو ٥% إن كان تجاريا باعتبار أن هذا القدر من الفوائد هو مقابل الأجل الذى سقط . وإذا كان الدين قد دخلت فى حسابه فوائد اتفاقية بسعر معين وجب عند سقوط أجله أن تستنزل منه فوائد المدة الباقية بالسعر المتفق عليه . وإذا كان الدين منصوصا على أن تضاف إليه فوائده بالسعر القانونى أو بالسعر الاتفاقى عند أدائه فإن مقابل الأجل فيه هو تلك الفوائد المتفق على إضافتها ، فإذا سقط الأجل نتيجة لشهر الإعسار فلا يستنزل من أصل الدين شئ ولا تضاف إليه فوائد عن المدة الباقية [1].

---

(١) سليمان مرقس ص ٢٧٩ ومابعدها-اسماعيل غانم ص ٢٢٠ ومابعدها.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" يستتبع قيام حالة الإعسار سقوط أجل الديون المستحقة الأداء وليس هذا إلا تطبيقا لقاعدة تقررت فى نص المادة ٣٩٦ من المشروع استقلالا عن نظام الإعسار . ويراعى أن المدين المعسر يحرم من الانتفاع بفسحة الأجل حتى فى التشريعات التى لم تنظم حالة الإعسار وتركتها فى نطاق الأمر الواقع ، كالتقنين المصرى الحالى مثلا ، ذلك أن إعسار المدين غالبا ما يفضى إلى تصفية أمواله ، فإذا لم يكن فى استطاعة الدائنين المؤجلة ديونهم أن ينفذوا على تلك الأموال فور الوقت بفضل سقوط الأجل ، أدى هذا إلى تقدم ذوى الديون المستحقة الأداء عليهم .

وغنى عن البيان أن ما يحل من الديون المؤجلة من جراء إشهار الإعسار ينتقص منه مقدار الفوائد ، اتفاقية كانت أو قانونية، بالنسبة للمدة الباقية من الأجل . فإذا عجل الوفاء مثلا بدين قدره ١٠٠ جنيه ، كان يستحق الأداء بعد انقضاء سنة بغير فائدة ، وجب عندئذ أن تقتطع منه أربعة جنيهات فى مقابل الفوائد ، محتسبة على أساس السعر المقرر فى القانون (قارن المادة ٢٥٢ فقرة ٢ من المشروع) [١].

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٢ ص ٦٧٦ .

٤٣٦ـ جواز إبقاء أجل الديون أو مده ومنح المدين نظرة ميسرة بالنسبة للديون الحالة :

بعد أن نصت الفقرة الأولى من المادة (٢٥٥) على أنه يترتب على الحكم بشهر الإعسار أن يحل كل ما فى ذمة المدين من ديون مؤجلة ... الخ – أوردت فى فقرتها الثانية استثناء من حكمها إذ أجازت للقاضى أن يحكم بناء على طلب المدين وفى مواجهة ذوى الشأن من دائنيه بإبقاء الأجل أو مده بالنسبة إلى الديون المؤجلة ، وأن يمنح المدين أجلا أى نظرة ميسرة بالنسبة إلى الديون الحالة .

وبناء على ذلك يجوز للمدين أن يطلب من المحكمة فى مواجهة الدائنين المؤجلة ديونهم وقف حكم القانون المتعلق بحلول هذه الآجال نتيجة لشهر الإعسار أى أن يطلب الإبقاء على هذه الآجال وعدم سقوطها استثناء من حكم الفقرة الأولى من المادة ، بل يجوز له ألا يكتفى بطلب الإبقاء على هذه الآجال وأن يطلب مدها ، ويجوز له أيضا أن يطلب منحه آجالا جديدة بالنسبة إلى الديون التى كانت حالة من قبل شهر الإعسار .

وقد خولت المادة المحكمة ذلك بشرطين : **الأول** : أن تبرر الظروف هذا الإجراء ومثل ذلك أن يكون المدين سئ الحظ جديرا بالعطف .

والثانى : أن يكون هذا الإجراء خير وسيلة تكفل مصالح المدين والدائنين جميعا .

ومثل ذلك أن تكون الأسعار فى هبوط وينتظر تحسنها [(١)].

والمفروض فى هذا كله أن الإبقاء على الأجل لا يضر بالدائنين، فلا يكون من بينهم مثلا من يوشك أن يتقدم على الباقين من طريق التنفيذ فورا على أموال المدين .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"أجاز المشروع الإبقاء على آجال الديون المؤجلة ، ومدها، والإمهال فى أداء الديون المؤجلة . فللمدين ، رغم ما يترتب على حالة الإعسار من سقوط أجل الديون المؤجلة (المادة ٣٤٠) أن يطلب إلى القاضى فى مواجهة دائنيه إبقاء هذا الأجل ، أو مده ، أو إنظاره فى الوفاء بالديون المستحقة الأداء . وللقاضى أن يجيب المدين إلى طلبه هذا إذا تبين أن فى الظروف ما يبرره (كما إذا كان المدين عاثر الجد مثلا) وأن ذلك أكفل برعاية مصالح المدين والدائنين جميعا (كما إذا كان الأجل الممنوح يتيح للمدين فرصة تصفية أمواله فى أفضل الأحوال) . والمفروض فى هذا كله أن

---

(١) سليمان مرقس ص ٢٨١ – محمود جمال الدين زكى ص ٩٦– عبد المنعم الصده ص ٩٠ .

الإبقاء على الأجل لا يضر بالدائنين ، فلا يكون من بينهم مثلا من يوشك أن يتقدم على الباقين من طريق التنفيذ فورا علـــى أمـــوال المدين "[١].

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٢ ص ٦٧٦ .

مادة (٢٥٦)

١- لا يحول شهر الإعسار دون اتخاذ الدائنين لإجراءات فردية ضد المدين .

٢- على أنه لايجوز أن يحتج على الدائنين الذين يكون لهم حقوق سابقة على تسجيل صحيفة دعوى الإعسار بأى اختصاص يقع على عقارات المدين بعد هذا التسجيل .

الشرح

٤٣٧ ـ لايحول شهر الإعسار دون اتخاذ الدائنين لإجراءات فردية ضد المدين :

لايحول شهر الإعسار دون اتخاذ الدائنين لإجراءات فردية ضد المدين . وهذه هى السمة الجوهرية فى الأحكام العامة لنظام الإعسار والتى تميزه عن نظام الإفلاس فى القانون التجارى . فلا يترتب على شهر الإعسار رفع يد المدين عن إدارة أمواله ، ولايجتمع دائنوه فى هيئة اتحاد يضم شملهم، لتتخذ إجراءات جماعية للتنفيذ على أموال المدين المعسر . بل يقوم كل دائن على مصلحته بنفسه ، فيتخذ باسمه خاصة من الإجراءات الفردية ما يسمح به القانون . فلكل دائن أن يحجز على أموال المدين، ما كانَ موجودا منها قبل شهر الإعسار وما استجد بعده . ولكل دائن أن يبادر قبل غيره إلى استيفاء حقه من أموال المدين . فإذا لم يتمكن الدائنون

الآخرون من اللحاق به ومزاحمته عند التوزيع فقد يستوفى حقه كاملا دونهم .

فالمساواة إذن بين الدائنين إنما هى مساواة قانونية لا مساواة فعلية . فالقانون يعتبر الدائنين متساوين جميعا ولكن لايمنع من أن يتخذ أحدهم إجراءات فردية يسبق بها الآخرين [١].

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" احتفظ المشروع للدائنين بعد إشهار الإعسار بحقهم فى اتخاذ الإجراءات الفردية ، وهذه هى السمة الجوهرية فى الأحكام العامة لنظام الإعسار ، فالتصفية فى كنف هذه الأحكام ليست إجراءا جماعيا "[٢].

٤٣٨ـ الدائنون أصحاب الحقوق السابقة على شهر الإعسار :

لايجوز أن يحتج على الدائنين الذين يكون لهم حقوق سابقة على تسجيل صحيفة دعوى الإعسار بأى اختصاص يقع على عقارات المدين بعد هذا التسجيل . وذلك حتى تحقق المساواة بين هؤلاء الدائنين على نحو يقيلهم من عناء التزاحم والتدافع .

---

(١) السنهورى جـ٢ ص ١١٤٣ – محمود جمال الدين زكى ص ٩٧ .
(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٢ ص ٦٧٨ .

فلا يتقدم الدائن الذى بيده حكم واجب التنفيذ ، ويستطيع أخذ اختصاص على عقار للمدين ، على سائر الدائنين الذين ليس بيدهم أحكام واجبة التنفيذ ، ويتعذر عليهم من ثم أخذ الاختصاص مثله .

إنما يكون لحق الاختصاص الذى يترتب على هذا الوجه ، للدائن ذى الحق السابق على ذلك التسجيل ، جدواه له ، فيما لو انتهت حالة الإعسار ، ويستطيع أن يحتج به على الدائنين الذين تنشأ حقوقهم بعد انتهاء حالة الإعسار [١].

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" ابتداء من تاريخ تسجيل صحيفة دعوى الإعسار لا ينفذ أى اختصاص يرتب على عقارات المدين فى حق دائنيه ذوى الديون الثابتة التاريخ قبل هذا التسجيل . وقد أريد بهذا النص ضمان المساواة بين الدائنين السابقة حقوقهم على تلك الدعوى ، على نحو يقيلهم من عناء التزاحم والتدافع . ويكون لحق الاختصاص ، فيما عدا ذلك ، جدواه بالنسبة للدائنين من أصحاب الحقوق السابقة على الدعوى ، فيما لو انتهت حالة الإعسار (المادة ٣٤٩ من المشروع) فلمن يحصل منهم على هذا الحق أن يحتج به على من تنشأ ديونهم بعد انتهاء حالة الإعسار "[٢].

---

(١) محمود جمال الدين زكى ص ٩٦ وما بعدها – محمد على عمران ص ١٤١ – محمد شريف عبد الرحمن ص ١٣٤ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٢ ص ٦٧٨ ومابعدها .

مــادة (٢٥٧)

متى سجلت صحيفة دعوى الإعسار فــلا يســرى فــى حــق الدائنين أى تصرف للمدين ، يكون من شأنه أن ينقص من حقوقه أو يزيد فى التزاماته كما لا يسرى فى حقهم أى وفاء يقــوم بــه المدين .

الشــرح

٤٣٩ـ أثر تسجيل صحيفة دعوى الإعسار علــى تصــرفات المدين :

لايسرى فى حق الدائنين ، منذ تسجيل صحيفة دعوى الإعسار، أى تصرف للمدين ، يكون من شأنه أن ينقص حقوقــه كالهبــة أو البيع أو إبرائه مدينا له - أو يزيد فى التزاماته كقــرض يبرمــه ، وكذلك أى وفاء يقوم به ، ولو كان الدين مستحق الأداء ، وذلك كل بغير حاجة إلى إثبات غش المدين أو تواطئه مع المستفيد .

وبذلك يكون المشرع قد أعمل حكم الدعوى البوليصية فى كنف الإعسار بعد أن يسر من شروطها . فقد كفل حماية الــدائنين مــن التصرفات الضارة بمجرد تطبيق أحكام الدعوى البوليصــية مــع تيسير شروطها ، دون أن يذهب إلى حد رفع يد المدين عن أمواله.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" يتفرع على قيام حالة الإعسار عدم نفاذ أى تصرف قانونى للمدين ، يكون من شأنه أن ينقص من حقوقه أو يزيد فى التزاماته، متى سجلت صحيفة دعوى الإعسار . وكذلك يكون الحكم فى كل وفاء يقوم به المدين . وفى هذا تطبيق عملى لأحكام الدعوى البوليصية فى كنف نظام الإعسار القانونى ، وهو بعد تطبيق تصيب من ورائه شروط هذه الدعوى قسطا ملحوظا من التيسير. ذلك أن مشقة إقامة الدليل على الإعسار والتواطؤ تسقط عن عاتق الدائنين ، إذ المدين بحكم الحال معسر عالم بحقيقة حاله . ولا يرد على هذه القاعدة إلا استثناء واحد ، يعرض فى النادر حيث يمتنع على الغير العلم بإعسار المدين ، من جراء عدم تسجيل حكم إشهار الإعسار فى قلم كتاب المحكمة ، بسبب تغيير المدين لمحله غشا. على أن هذا الاستثناء قاصر على المعاوضات ، أما ما يصدر من المدين من التبرعات فى حالة الإعسار فلا ينفذ فى حق دائنيه ، ولو كان من صدر له التبرع حسن النية (المادة ٣١٧ فقرة ٢ من المشروع) طبقا للقواعد العامة فى الدعوى البوليصية ، وذلك فى غير إخلال بالعقوبة المقررة بمقتضى المادة ٣٤٨ من المشروع" (١).

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٢ ص ٦٨١ .

مادة (٢٥٨)

١- يجوز للمدين أن يتصرف فى ماله ، ولو بغير رضاء الدائنين ، على أن يكون ذلك بثمن المثل وأن يقوم المشترى بإيداع الثمن خزانة المحكمة حتى يوزع وفقا لإجراءات التوزيع .

٢- وإذا كان الثمن الذى بيع به المال أقل من ثمن المثل ، كان التصرف غير سار فى حق الدائنين ، إلا إذا أودع المشترى فرق الثمن الذى اشترى به ما نقص من ثمن المثل .

الشرح

٤٤٠ـ تصرف المدين فى أمواله بثمن المثل :

خفف النص من آثار شهر الإعسار بالنسبة للمدين ، فأجاز للمدين أن يتصرف فى ماله ، ولو بغير رضاء الدائنين وذلك بشرطين .

أولهما : أن يكون التصرف بثمن المثل ، وعند الخلاف يستعان بالخبراء . **وثانيهما** : أن يقوم المشترى بإيداع الثمن خزانة المحكمة حتى يوزع وفقا لإجراءات التوزيع.

وعلة ذلك أن عدم نفاذ تصرفات المدين محدود ، فى الواقع، بخطئه فى الإضرار بالدائنين ، فإذا انتفت مظنة الإضرار بهم ، بأن كان التصرف بثمن المثل ، وأودع الثمن ، فى خزانة المحكمة، على ذمتهم لم تعد لعدم نفاذه حكمة ، بل بالعكس من ذلك يوفر

عليهم إجراءات التنفيذ على المال المتصرف فيه . فيتعين أن ينفـذ هذا التصرف فى حقهم ، بل ويعتبر اعتراضهم عليه بمثابة التعسف منهم [١].

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" أجاز المشروع للمدين أن يتصرف فى ماله ولو بغير رضـاء دائنيه متى توافر شرطان : **أولهما** أن يكون التصرف بثمن المثل، وعند الخلاف يرجع إلى رأى الخبراء . **وثانيهما** أن يودع خزينـة المحكمة للوفاء بحقوق الدائنين (قارن المـادة ٣٢١ فيمـا يتعلـق بالدعوى البوليصية) [٢].

٤٤١ ـ حالة بيع المال بأقل من ثمن المثل :

إذا كان الثمن الذى باع به المدين أقل مَن ثمن المثـل ، كـان التصرف غير سار فى حق الدائنين ، إلا إذا أودع المشترى فـرق الثمن الذى اشترى به ما نقص من ثمن المثل . إذ فى هذه الحالـة يزول ضرر البيع بأقل من ثمن المثل عن الدائنين .

---

(١) محمود جمال الدين زكى ص ٩٤ ومابعدها– محمد لبيب شنب ص ٣٠٠ .
(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٢ ص ٦٨٣ .

مـــادة (٢٥٩)

إذا أوقع الدائنون الحجز على إيرادات المدين ، كـــان لـــرئيس المحكمة المختصة بشهر الإعسار أن يقرر للمدين ، بنـــاء علـــى عريضة يقدمها ، نفقة يتقاضاها من إيراداته المحجوزة . ويجوز التظلم من الأمر الذى يصدر على هذه العريضة، فى مدة ثلاثة أيام من تاريخ صدوره ، إذا كان التظلم من المـــدين ، ومـــن تـــاريخ إعلان الأمر للدائنين إن كان التظلم منهم .

الشــــرح

٤٤٢ ـ فرض نفقة للمدين من إيراداته المحجوزة :

يمنع المشرع بصفة عامة التنفيذ على بعـــض أمـــوال المـــدين الضرورية لمعيشته ، فيقرر عدم جواز الحجز عليها . وتكون هذه الأموال غير قابلة للحجز عليها ، سواء شهر إعسار المدين أو لـــم يشهر .

وفضلا عن ذلك رأى المشرع أن المدين الذى يشهر إعســـاره وتغل يده عن التصرف فى أمواله وتحجز إيراداته يحتاج إلى وقت يكيف فيه معيشته وفقا للوضع الجديد . وفى هذه الأثناء يحتاج إلى نفقة يقتات بها. فأجاز فرض نفقة يتقاضاها من إيراداته المحجوزة، فمحل فرض هذه النفقة أن تكون للمدين إيرادات محجوزة أو أموال تنتج إيرادات ، أما إذا لم يكن له شئ من ذلك فإنه لايجـــوز بيـــع بعض أمواله وفرض نفقه منها .

٤٤٣ ـ كيفية فرض النفقة :

تفرض النفقة من رئيس المحكمة المختصة بشهر الإعسار أى رئيس المحكمة الابتدائية الكائن فى دائرتها موطن المدين .

ويكون ذلك بناء على عريضة يقدمها المدين إلى رئيس المحكمة تراعى فيها الأوضاع المنصوص عليها بالمادة ١٩٤ من قانون المرافعات .

ويصدر رئيس المحكمة أمره بتقرير النفقة فى اليوم التالى لتقديم العريضة على الأكثر (م١٩٥ مرافعات) .

ولا يتقيد رئيس المحكمة بالنفقة المطلوبة من المدين .

كما أن تقرير نفقة للمدين أمر جوازى لرئيس المحكمة . فإذا رفض تقدير النفقة فلا يلزم بتسبيب قراره .

ويسقط الأمر الصادر على عريضة إذا لم يقدم للتنفيذ خلال ثلاثين يوما من تاريخ صدوره ولايمنع هذا السقوط من استصدار أمر جديد (م٢٠٠ مرافعات) .

ولما كان تقرير هذه النفقة يؤثر فى حصيلة التنفيذ ، ومن ثم يكون قرار فرض النفقة متعلقا بالتنفيذ وبالتالى يجوز الالتجاء إلى قاضى التنفيذ بوصفه قاضيا للأمور المستعجلة ، عندما يتوافر الاستعجال وعدم المساس بأصل الحق ، ليقضى بصفة مستعجلة بتقرير نفقة للمدين المحجوز عليه، إذ المقرر أنه إذا انعقد الاختصاص

الموضوعى أوالوقتى لجهة قضائية فــلا يســلب قاضــى الأمــور المستعجلة اختصاصه بنظر الشق المستعجل من ذات المسألة متــى توافر الاستعجال وعدم المساس بأصل الحق ، فــإن تعلقــت تلــك المسألة بالتنفيذ ، انعقد الاختصاص بشقها المستعجل لقاضى التنفيذ فينظرها بوصفه قاضيا للأمور المستعجلة ، ومن ثــم ينعقــد لــه الاختصاص بنظر الدعوى المستعجلة بتقرير نفقة وقتيــة للمــدين المحجوز على إيراداته ، لتعلق المنازعة بالتنفيذ لمساسها بحصيلته التى توزع على الدائنين [١].

وأمر تقرير النفقة وقتى مرهون بعدم تغير الظروف التى صدر فيها فإذا تغيرت هذه الظروف جاز للمدين طلب زيادة النفقة وفقــا لما يقدمه من مستندات .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" أجاز المشروع تقرير نفقة للمدين إذا أوقع الــدائنون حجــزا على إيراده . وللمدين الذى أشهر إعساره أن يطلب إلــى رئــيس المحكمة تقرير نفقة له تقتطع من إيراداته المحجوزة ، لا من رأس المال ، وليس لهذا الإجراء الإنسانى نظير فى التقنين الحالى ، مــع ما ينطوى فيه من معنى البر بالمدين العاثر الجد . ويقــدم طلــب

---

(١) المستشار أنور طلبه ص ١٢٦ .

النفقة فى صورة عريضة ، ويكون التظلم من الأمر الصادر على هذه العريضة بطريق المعارضة أمام المحكمة ، وترفع هذه المعارضة فى خلال ثلاثة أيام تبدأ من تاريخ صدور الأمر إن كان المدين هو المتظلم ، وتبدأ من تاريخ إعلان هذا الأمر ، إن كانت الظلامة صادرة من الدائنين " [١].

٤٤٤ ـ التظلم من الأمر الصادر بتقرير النفقة :

يكون التظلم من الأمر على عريضة الصادر بتقرير النفقة أو برفضه فى مدة ثلاثة أيام من تاريخ صدوره ، إن كان التظلم من المدين ، ومن تاريخ إعلان الأمر للدائنين إن كان التظلم منهم وهذا الميعاد استثناء من ميعاد التظلم من الأوامر على عرائض المنصوص عليه بالمادة ١٩٧ مرافعات .

ويرفع التظلم إلى رئيس المحكمة الذى أصدر الأمر (م١٩٩ مرافعات) أو إلى المحكمة التى يتبعها رئيس المحكمة الآمر (م١٩٧ مرافعات) بالإجراءات المعتادة لرفع الدعوى .

ويحكم رئيس المحكمة أو المحكمة فى التظلم بتأييد الأمر أو بتعديله أو بإلغائه ويكون حكمه قابلا لطرق الطعن المقررة للأحكام (م١٩٩ مرافعات) .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٢ ص ٦٨٥ ومابعدها .

مـــادة (٢٦٠)

يعاقب المدين بعقوبة التبديد فى الحالتين الآتيتين :

(أ) إذا رفعت عليه دعوى بدين فتعمد الإعسار، بقصد الإضرار بدائنيه، وانتهت الدعوى بصدور حكم عليه بالدين وشهر إعساره .

(ب) إذا كان بعد الحكم بشهر إعساره أخفى بعض أمواله ليحول دون التنفيذ عليها، أو اصطنع ديونا صورية أو مبالغا فيها ، وذلك كله بقصد الإضرار بدائنيه .

الشـــرح

٤٤٥ـ معاقبة المدين بعقوبة التبديد :

يعاقب المدين بعقوبة جريمة التبديد فى حالتين هما :

الحالة الأولى :

إذا رفع عليه أحد دائنيه دعوى بالدين ، قبل شهر إعساره ، وانتهت الدعوى بصدور حكم عليه بالدين فتعمد فى أثناء نظر الدعوى أو بعد الحكم فيها الإعسار بقصد الإضرار بدائنيه كأن أخفى بعض أمواله أو بددها ، أو زاد التزاماته صوريا ، ليعطل تنفيذ الحكم الذى صدر أو يصدر فى تلك الدعوى واقترن به أو تلاه شهر إعساره .

فلهذه الجريمة ركنان : (١) ركن مادى هو الحكم بالمديونية وحكم بشهر الإعسار مقترن بالحكم بالمديونية أو لاحق له .

(٢) وركن معنوى هو تعمد الإعسار إضرارا بالدائنين وتهربا من تنفيذ الحكم بالمديونية . ومن القرائن على هذا التعمد أن يكون إعسار المدين قد حدث أثناء نظر دعوى المديونية أو عقب صدور الحكم بالمديونية ، وإعسار المدين على هذا النحو شبيه بالإفلاس مع التدليس ويعاقب مثله بعقوبة جنائية [١].

الحالة الثانية :

حالة ما إذا كان المدين قد قام بعد الحكم بشهر إعساره بأعمال تزيد فى إعساره كأن يخفى بعض أمواله ليحول دون التنفيذ عليها أو يصطنع ديونا صورية أو مبالغا فيها ، وذلك بقصد الإضرار بدائنيه بإنقاص النصيب الذى يحصل عليه كل منهم عند التنفيذ. ويبين من ذلك أن هذه الجريمة أيضا جريمة عمدية ولكنها تختلف عن الجريمة السابقة فى أن ركنها المادى أعمال تالية لصدور الحكم بشهر الإفلاس لا سابقة له ، ولا يشترط فيها صدور حكم بالمديونية، وفى أن ركنها المعنوى ليس تعمد الإعسار كما فى الحالة السابقة لأن المفروض أن الإعسار تم شهره قبل ارتكاب الأعمال المكونة للركن المادى بل هو تعمدزيادة الإعسار إضرارا بالدائنين [٢].

---

(١) السنهورى جـ٢ ص ١١٣٩ – محمود جمال الدين زكى ص ٩٥– سليمان مرقس ص ٢٨٤ .

(٢) سليمان مرقس ص ٢٨٥ .

ويعاقب بذات العقوبة ، كل من شارك المدين سواء بالتحريض أو المساعدة أو الاتفاق ، كمن صدر له سند الدين الصورى أو من قبل زيادة دينه أو من أخفى أموال المدين ، متى كان عالما بحالة المدين .

ويتحمل الدائنون والنيابة العامة إثبات الجريمة بكافة طرق الإثبات [1].

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" يترتب على إشهار الإعسار إعمال جزاء جنائى ، قصد به إلى قمع صور معينة من الغش البين ، مما يرتكب المدين إضرارا بدائنيه . فقد نصت المادة ٣٤٨ من المشروع على توقيع عقوبة التبديد على المدين الذى يشهر إعساره فى الحالات الثلاث الآتية :

(أولاً) إذا رفعت عليه دعوى بدين فتعمد الإعسار غشا ، بعقد بعض التصرفات المدخولة مثلا ، متى انتهت الدعوى بصدور حكم عليه بأداء ذلك الدين سواء أصدر هذا الحكم قبل إشهار الإعسار أم صدر بعد ذلك .

(ثانيا) إذا لم يرع الأمان فى مسلكه قبل دائنيه بعد إشهار الإعسار ، إما بإيثار أحدهم على الآخرين غشا (من طريق إيفائه

---

(١) المستشار أنور طلبه ص ٦٢٩ .

حقه مثلا ، أو تخصيص مال لضمان الوفاء به) وإما بإخفاء بعض أمواله ليحول دون التنفيذ عليها (من طريق التصـــرف غشـــا ، أو من طريق الاختلاس) وإما بادعاء التزامه بديون صورية أو ديون مبالغ فى قيمتها (من طريق التواطؤ مع أصحاب هــذه الــديون) وبهذا الوضع تكون قداجتمعت فى الدعوى البوليصية بفضل تطبيقها العملى مشخصات الدعاوى المدنية والدعاوى الجنائية علــى حــد سواء"(١).

٤٤٦ـ عقوبة جريمـة التبديـد :

عقوبة التبديد التى يعاقب بها المدين فى الحالتين الواردتين بالبند السابق ، هى العقوبة المنصوص عليها بالمادة ٣٤١ مــن قــانون العقوبات وهى الحبس ، ويجوز أن يزاد عليه غرامــة لا تتجــاوز مائة جنيه .

أى أن القضاء بالحبس وجوبى ، يجوز أن تضاف إليه الغرامة.

وعقوبة الحبس تتراوح بين أربع وعشرين ساعة وثلاث سنوات عدا الأحوال الخصوصية المنصوص عليها قانونا (م١٨ من قانون العقوبات) .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جــ٢ ص ٦٨٨ .

ويجوز للمحكمة إذا كانت عقوبة الحبس لمدة لا تزيد على سنة أن تأمر فى نفس الحكم بإيقاف تنفيذ العقوبة إذا رأت مـــن أخـــلاق المحكوم عليه أو ماضيه أو سنه أو الظروف التـــى ارتكـــب فيهـــا الجريمة ما يبعث على الاعتقاد بأنه لن يعود إلى مخالفة القـــانون . ويجب أن تبين فى الحكم أسباب إيقاف التنفيذ .

ويجوز أن يجعل الإيقاف شاملا لأى عقوبة تبعية ولجميع الآثار الجنائية المترتبة على الحكم (م٥٥ عقوبات) .

ويصدر الأمر بإيقاف تنفيذ العقوبة لمدة ثلاث سنوات تبدأ مـــن اليوم الذى يصبح فيها الحكم نهائيا (م٥٦/١ عقوبات) .

مــادة (٢٦١)

١- تنتهى حالة الإعسار بحكم تصدره المحكمة الابتدائية التى يتبعها موطن المدين ، بناء على طلب ذى شــأن فــى الحــالتين الآتيتين :

(أ) متى ثبت أن ديون المدين أصبحت لا تزيد على أمواله .

(ب) متى قام المدين بوفاء ديونه التى حلــت دون أن يكــون لشهر الإعسار أثر فى حلولها . وفى هذه الحالــة تعــود آجــال الديون التى حلت بشهر الإعسار إلى ما كانت عليه من قبل وفقــا للمادة ٢٦٣ .

ويؤشر كاتب المحكمة من تلقاء نفسه بالحكم الصادر بانتهــاء حالة الإعسار يوم صدوره على هامش التسجيل المنصوص عليه فى المادة ٢٥٣ ، وعليه أن يرسل صورة منه إلــى قلــم كتــاب محكمة مصر للتأشير به كذلك .

الشــرح

٤٤٧ ـ انتهاء حالة الإعسار بحكم من القضاء :

تنتهى حالة الإعسار بحكم تصدره المحكمة الابتدائية التى يتبعها موطن المدين ، متى زال السبب الذى شهر الإعسار مــن أجلــه ويتحقق ذلك فى الحالتين الآتيتين :

الحالة الأولى :

إذا ثبت أن ديون المدين أصبحت لاتزيد على أمواله :

فى هذه الحالة يزول الإعسار بمعناه الفنى . فيجب أن يثبت أن ديون المدين أصبحت لاتزيد على أمواله . والمقصود بذلك جميع ديون المدين سواء ما كان مستحق الأداء وقت شهر الإعسار وما انقضى أجله بعد حكم شهر الإعسار وما سقط عنه الأجل بسبب شهر الإعسار بحيث يكون مؤكدا أن إنهاء حالة الإعسار لن يضر أحدا من الدائنين الثابتة ديونهم وقت تقريره.

ولايهم طريقة تحقق هذا الشرط ، فقد يتحقق ذلك إما بزيادة أموال المدين نتيجة تلقيه ميراثا أو وصية مثلا أو ارتفاع قيمة أمواله مثلا ، وإما بنقص ديونه نتيجة نزول بعض الدائنين عن جزء من حقوقهم قبله [١].

وهذا يقتضى تقديم الأدلة على أن ديون المدين أصبحت لا تزيد على أمواله . وللمحكمة الاستعانة فى ذلك بأهل الخبرة .

ولايتصور أن يكون لأحد من الدائنين فى هذه الحالة مصلحة فى طلب إنهاء الإعسار لأن صيرورة أموال المدين كافية لوفاء ديونهم جميعا لا يجعل لهم مصلحة فى طلب إنهاء الإعسار بل إن

---

(١) سليمان مرقس ص ٢٨٧ - محمد لبيب شنب ص ٣٠٣ - عبد المنعم الصده ص ٩٢ .

بقاء حالة الإعسار يكون أصلح لهم إذ يضمن لهم عدم استحداث ديون أخرى للمدين يصبح لأربابها حق مزاحمتهم فى أموال المدين وبالعكس من ذلك تكون للمدين وللخلف الخاص فى هذه الحالة مصلحة فى إنهاء الإعسار .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" تنتهى حالة الإعسار القانونية إما بحكم القانون ... وإما بحكم القضاء متى زال السبب الذى أشهر الإعسار من أجله (المادة ٣٤٩)، وتظل عسرة المدين قائمة فى الحالة الأولى ، بيد أنها تصبح أمرا واقعا لا حالة تنظمها أحكام القانون . ذلك أن أموال المدين ، سواء أصفيت أم لم تصف فى خلال السنوات الخمس ، (وهى المدة المخصصة للتصفية) تبقى على حالها من القصور عن الوفاء بديونه "[١].

الحالة الثانية :

وفاء المدين ديونه التى حلت دون أن يكون لشهر الإعسار أثر فى حلولها :

فلا عبرة فى هذه الحالة بالديون التى حلت بسقوط آجالها بسبب الحكم بشهر الإعسار ، وإنما العبرة بوفاء الديون التى كانت حالة وقت شهر الإعسار والتى حلت بعده بحلول أجلها .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٢ ص ٢٩٨.

فإذا انتهت حالة الإعسار بتوفيه الديون الحالة ، رجعت آجال الديون المؤجلة ، ولما كانت آجالها وشيكة الحلول ، فإن أصحابها ستوفون الدين قبل غيرهم من أصحاب الديون الأخرى .

وظاهر أن المدين إذا كان قد وفى بجميع الديون المشار إليها، فإنه يصبح فى حالة كان لايستطاع معها طلب شهر إعساره ، وهذا هو المبرر لإنهاء حالة الإعسار فى هذه الحالة .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" ... أما فى الحالة الثانية فينتفى الإعسار بالمعنى الفنى الدقيق، لأن ديون المدين لم تعد أكثرمن حقوقه ، (إما بسبب زيادة الحقوق، كما إذا آل إليه مال من طريق الإرث أو الهبة أو الوصية ، وإما بسبب نقص الديون ، كما إذا انقضى جزء منها بطريق الوفاء أو الإبراء) ، أو لأنه قد تحقق على الأقل ، أن ماله من الحقوق أصبح يكفى للوفاء بما حل من هذه الديون ، دون أن يكون للإعسار أثر فى حلوله "[1].

٤٤٨ـ إجراءات الحكم بإنتهاء حالة الإعسار :

لاتنتهى حالة الإعسار فى الحالتين السابقتين بقوة القانون . وإنما يجب أن يصدر بها حكم من القضاء .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٢ ص ٦٩٨ ومابعدها .

ويصدر الحكم من المحكمة الابتدائية التى يتبعها موطن المدين، وهى عادة المحكمة التى أصدرت حكم شهر الإعسار ، إلا إذا كان المدين قد غير موطنه بعد الحكم .

وترفع الدعوى من كل ذى شأن .

ويعتبر من ذوى الشأن المدين ، فمن مصلحته ولا شك إنهاء حالة إعساره ، وكذا قد يكون لأحد الدائنين مصلحة فى طلب إنهاء الإعسار ، إذا كان دينه فى الأصل وشيك الحلول ، ثم حل هو وغيره من الديون المؤجلة بسبب شهر الإعسار .

كما يكون من ذوى الشأن من تصرف إليه المدين أو الدائن .

والحكم الصادر بإنهاء الاعسار ، قابل للطعن فيه وفقا للقواعد العامة لا وفقا للأحكام الخاصة التى تقدمت فيما يتعلق بحكم شهر الإعسار ، وذلك لعدم ورود نص خاص فى هذا الشأن . ولانتفاء دواعى الإسراع الذى اقتضت وجود نصوص خاصة فيما يتعلق بشهر الإعسار [١].

والحكم الذى يصدر فى الدعوى يحوز حجية وقتية ، مما يجوز معه للمدين إذا قضى برفض دعواه ، أن يرفع دعوى أخرى بذات الطلبات إذا ما تغير وضعه المالى أو أعد الأدلة المؤيدة لطلباته ، باعتبار أن حالة الإعسار متغيرة وتكون حجية الأحكام الصادرة

---

(١) سليمان مرقس ص ٢٨٧ وما بعدها .

بشأنها وقتية . وأن رفض الدعوى لعدم تقديم أدلة الثبوت فيها هــو رفض للدعوى بحالتها التى كانت عليها وقــت صــدور الحكــم ، وبالتالى تكون حجية الحكم الصادر بذلك وقتية ، مما يجــوز معــه رفع دعوى جديدة بذات الطلبات إذا توافرت أدلتها [١].

وجاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" وتتبع فى الحكم بانتهاء حالة الإعسار فى الحالة الثانية نفــس الإجراءات الخاصة بحكم إشهار الإعسار ، فهو يصدر من المحكمة الابتدائية التى يقع فى دائرتها آخر محل (موطن) للمدين- ولا يتحتم صدوره من المحكمة التى أصدرت حكم شهر الإعسار- بناء على كل ذى شأن (المدين أو الدائن أو خلف آل إليه مال من المــدين) ويقبل الطعن فيها بالطرق نفسها ، ولكن فى المواعيد العادية ، لأن المدد القصيرة لا يلجأ إليهــا إلا حيــث تقتضــى ذلــك ضــرورة الاستعجال عند إشهار الإعسار "[٢].

٤٤٩ـ التأشير بالحكم الصادر بانتهاء حالة الإعسار :

يلتزم كاتب المحكمة من تلقاء نفسه بأن يؤشر بالحكم الصــادر بانتهاء حالة الإعسار يوم صدوره على هامش التسجيل المنصوص

---

(١) المستشار أنور طلبه ص ٦٣١ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٢ ص ٦٩٩.

عليه فى المادة ٢٥٣ ، وعليه أن يرسل صورة منه إلى قلم كتـــاب محكمة مصر الابتدائية للتأشير بذلك .

وسنرى فى شرح المادة التالية أن مدة انتهاء حالـــة الإعســـار القانونى تبدأ من تاريخ انقضاء خمس سنوات علـــى تـــاريخ هـــذا التأشير .

مـــادة (٢٦٢)

تنتهى حالة الإعسار بقوة القانون متى انقضت خمس ســـنوات على تاريخ التأشير بالحكم الصادر بشهر الإعسار ،

الشـــرح

٤٥٠ـ انتهاء حالة الإعسار بقوة القانون :

أعطى القانون الدائنين مدة خمس سنوات لاستيفاء حقوقهم مـــن أموال المدين ، عن طريق إجراءات فردية فى التنفيذ ، وهى مـــدة ولاشك كافية لتصفية الأموال ، ولايجوز أن يبقـــى المـــدين بعـــد انقضاء هذه المدة فى حالة الإعسار التى لحقته ، فإن هذه الحالة قد غلت يده عن التصرف فى أمواله – بالتفصـــيل الســـالف ذكـــره- فوجب التوفيق بين مصلحته ومصلحة دائنيه .

ومن ثم فإن حالة الإعسار هذه تنتهى بانقضاء خمس ســـنوات على تاريخ التأشير بالحكم الصادر بشهر الإعسار، ولو كان السبب الذى أشهر الإعسار من أجله لا زال قائما أى ولو لم تكن للمـــدين أموال تكفى لسداد ديونه فقد راعى المشرع فى ذلك أن مدة خمـــس السنوات مدة كافية يستطيع الدائنون خلالها القيام بتصـــفية أمـــوال المدين . فإذا كانوا لم يستوفوها بالرغم من انقضاء المدة ، فمعنـــى ذلك أن شهر الإعسار غير مجدى ، ولذلك يتعين إنهـــاؤه ورفـــع القيود الواردة على المدين .

وتنتهى حالة الإعسار بقوة القانون ، ودون حاجة إلى استصدار حكم بذلك ، بل ودون حاجة إلـى التأشـير بـذلك علـى هـامش التسجيل[١]. إذ يسهل على كل ذى مصلحة ببحث حالة المـدين أن يحسب انقضاء خمس السنوات المذكورة بمجرد اطلاعه على تاريخ تسجيل التأشير بالحكم الصادر بشهر الإعسار [٢].

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" تنتهى حالة الإعسار القانونية إمـا بحكـم القـانون ، وذلـك بانقضاء خمس سنوات على تاريخ قيد الحكـم الصـادر بإشـهار الإعسار (المادة ٣٥١ من المشروع) ، وإما بحكم القضاء متـى زال السبب الذى أشهر الإعسار من أجله (المـادة ٣٤٩) ، وتظـل عسرة المدين قائمة فى الحالة الأولى، بيد أنها تصبح أمرا واقعا لا حالة تنظمها أحكام القانون . ذلك أن أموال المدين ، سواء أصفيت أم لم تصف فى خلال السنوات الخمس ، (وهى المدة المخصصـة للتصفية) تبقى على حالها من القصور عن الوفاء بديونه "[٣].

---

(١) السنهورى جـ٢ ص ١١٤٩ – سليمان مرقس ص ٢٨٨

(٢) السنهورى جـ٢ ص ١١٤٩ .

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٢ ص ٦٩٨ .

مـادة (٢٦٣)

يجوز للمدين بعد انتهاء حالة الإعسار أن يطلب إعادة الديون التى كانت قد حلت بسبب شهر الإعسار ولم يتم دفعها إلى أجلهـا السابق ، بشرط أن يكون قد وفى ديونه التى حلت دون أن يكـون لشهر الإعسار أثر فى حلولها .

الشـــرح

٤٥١ ـ إعادة الديون التى حلت بسبب الإعسار إلى آجالها :

يجوز للمدين بعد انتهاء حالة الإعسار أن يطلب إعادة الـديون التى كانت قد حلت بسبب شهر الإعسار إلى أجلها السابق ، طالمـا أن الوفاء بها لم يتم ، إذ لو تم الوفاء بها ما كان للمدين الرجوع فيه لأنه تم لدين حال فيكون وفاء صحيحا غير مشوب بغلط.

ويشترط لذلك أن يكون المدين قد وفى ديونه التى حلت ولم يكن لشهر الإعسار أثر فى حلولها .

فإذا كانت حالة الإعسار قد انتهت بحكم قضائى ، فيكون للمدين أن يطلب إعادة الديون إلى أجلها السـابق ، إمـا بـدعوى ترفـع بالإجراءات المعتادة أو بطلب عارض حال رفـع دعـوى إنهـاء الإعسار .

أما إذا انتهت حالة الإعسار بحكم القانون فللمدين أن يطلب ذلك بدعوى ترفع بالإجراءات المعتادة .

مادة (٢٦٤)

انتهاء حالة الإعسار بحكم أو بقوة القانون لا يمنع الدائنين من الطعن فى تصرفات المدين ، ولا من التمسك باستعمال حقوقه وفقا للمواد من ٢٣٥ إلى ٢٤٣ .

الشرح

٤٥٢ـ آثار انتهاء حالة الإعسار:

يترتب على انتهاء حالة الإعسار بحكم أو بقوة القانون زوال الآثار التى ترتبت على شهره ، ومن هذه الآثار ما يأتى :

١- حرية المدين فى التصرف فى أمواله :

يعود للمدين حقه فى التصرف فى أمواله دون أن ترد على حريته فى هذا الشأن القيود المقررة بمقتضى المادتين ٣٤٥ ، ٣٤٦ فله التصرف فيها دون رضاء دائنيه ودون إيداع الثمن . ويكون تصرفه نافذا فى مواجهة الدائنين .

٢- يرتفع عن المدين بانتهاء حالة الإعسار اعتباره أمينا على أمواله لمصلحة الدائنين ، فإذا بدد منها شيئا أو أخفى بعضها أو اصطنع ديونا ، فلا يعاقب بعقوبة التبديد . ولكن يجوز فى كل وقت أن يعاد شهر إعساره إذا توافرت أسباب ذلك . وقد يكون فى ذلك ما يكفى لردعه عن إتيان مثل هذه الأعمال [١].

---

(١) سليمان مرقس ص ٢٩٢- محمود جمال الدين زكى ص ٩٩.

٣- لايعود للنفقة المحكوم بها محل بعد انتهاء حالة الإعسار .

٤- يصبح حق الدائنين فى اتخاذ إجراءات التنفيذ على أموال المدين مطلقا ، كما كان مكفولا لهم من قبل .

وتعود إليهم رخصة الاختصاص بعقارات المدين ، ويكون ما ترتب من الحقوق بمقتضاها نافذا فى حق كل دائن ليس لدينه تاريخ ثابت عند رفع دعوى إشهار الإعسار .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" وتترتب على انتهاء الإعسار بحكم القانون ، أو بحكم القضاء آثار عدة ، يحسن الاجتزاء بالإشارةَ إلى أثرين منها :

(أ) أولهما يتصل بحرية المدين فى التصرف . فمتى انتهت حالة الإعسار كان لهِ أن يتصرف فى أمواله ، دون أن ترد على حريته فى هذا الشأن القيود المقررة بمقتضى المادتين ٣٤٥، ٣٤٦ فله أن يتصرف فى أموالهِ دون رضاء دائنيه ، ودون إيداع الثمن خزينة المحكمة ، متى كان التصرف بمأمن من الطعن فيه بطريق الدعوى البولیصية (المادة ٢٥٣ من المشروع) ويراعى أن هذه الدعوى تكون أيسر قبولا حيث ينتهى الإعسار بحكم القانون بانقضاء خمس سنوات ، وتتخلف عسرة تظل باقيةِ فى نطاق الأمر الواقع .

(ب) أما الأثر الثانى فيتصل بحقوق الدائنين ، فيلاحظ أولا أن حقهم فى اتخاذ إجراء للتنفيذ على أموال المدين يظل مطلقا ، كما كان مكفولا لهم من قبل . ويلاحظ من ناحية أخرى أن رخصة الاختصاص بعقارات المدين تعود إليهم ، ويكون ما يترتب من الحقوق بمقتضاها نافذا فى حق كل دائن ليس لدينه تاريخ ثابت عند رفع دعوى إشهار الإعسار (المادة ٣٤٣ من المشروع) . ولكن إذا كانت ثمة ديون حلت بسبب إشهار الإعسار فللمدين أن يطلب رد آجالها السابقة ، متى كان قد أدى الأقساط المستحقة منها (أنظر المادة ٣٥٢ من المشروع) . وللمدين أن يطلب ذلك أيضا ولو قبل انتهاء حالة الإعسار ، متى وفق إلى أداء الديون التى حلت دون أن يكون لإشهار الإعسار أثر فى حلولها (المادة ٣٥٢) [١].

٤٥٣- خضوع المدين بعد زوال حالة إعساره لأحكام الدعوى غير المباشرة والدعوى البوليصية :

إذا زالت حالة إعسار المدين بحكم أو بقوة القانون ، فإن زوال هذا الإعسار القانونى لا يمنع من أن يكون المدين معسرا إعسارا فعليا .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٢ ص ٦٩٩ ومابعدها .

وفى هذه الحالة لا يكون أمام الدائن إذا مـــا أرادَ الطعـــن فـــى تصرفات المدين سوى اللجوء إلى الدعوى البوليصـــية ولا يكـــون أمامه أيضا إذا أراد استعمال حقوقه سوى اللجوء إلى الدعوى غير المباشرة .

ذلك أنه لايشترط فى استعمال الدعوى غير المباشرة والدعوى البوليصية سوى الإعسار الفعلى لا القانونى للمدين .

ومن ثم فقد كفل له النص التمسك باستعمال حقوقه وفقا للمـــواد من ٢٣٥ إلى ٢٤٣ مدنى وهى التى تنظم الدعوى غير المباشـــرة والدعوى البوليصية [1].

---

(١) عبد المنعم الصده ص ٩٣- محمد شريف عبـــد الـــرحمن ص ٩٥٠ - اسماعيل غانم ص ٢٢٤ ومابعدها .

محتويات الكتاب

تم بحمد الله


Bibliotheca Alexandrina
1129943